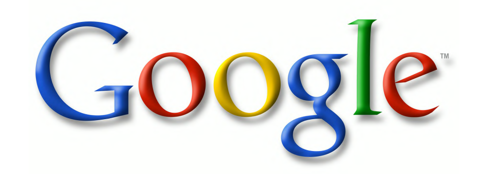


This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/



Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

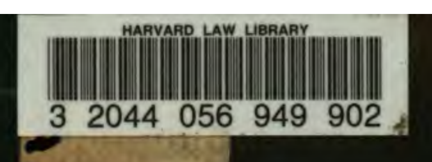
Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.


HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 056 949 902

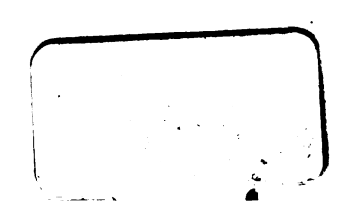

HD

Bd. Nov. 1911



HARVARD LAW LIBRARY

Received JAN 18 1911



GERMANY

Die Exhibitionspflicht

in ihrer Bedeutung

für das classische und heutige Recht.

Juristische Untersuchung

von

Dr. Gustav Demelius,

o. Prof. des römischen Rechts an der Universität Gratz.

Gratz,

Verlag von Leuschner & Lubensky,

k. k. Univ.-Buchhandlung.

1872.

JAN 18 1911

Inhaltsangabe.

Fünftes Capitel. Das summatim cognoscere im Exhibitionsprocesse.

Sechstes Capitel. Facultas exhibendi.

Siebentes Capitel. Der iussus ad exhibendum.

Achtes Capitel. Das quanti ea res erit.

Neuntes Capitel. Einreden gegen die actio ad exhibendum.

Zehntes Capitel. Die übrigen Rechtsmittel ad exhibendum.

Elftes Capitel. Alter der exhibitorischen Klagen.

Zwölftes Capitel. Die exhibitorischen Rechtsmittel im heutigen Rechtsleben.

Einleitung.

Es ist kein weites Gebiet, auf welchem sich nachfolgende Untersuchung bewegt. Dass aber der Gegenstand derselben einer tiefer dringenden Bearbeitung bedarf und werth ist, als sie bis heute vorliegt, dafür sprechen mehrfache Gründe.

Um vom heutigen Rechtszustande auszugehen, so wird zwar das Recht der actio ad exhibendum für das gemeine Recht als anwendbar gelehrt, in unsern Gesetzgebungen aber gehört die Materie der Exhibition zu denjenigen, deren Existenz oder Nichtexistenz in Frage steht. Denn während das preussische Landrecht, das französische und österreichische Civilgesetzbuch über unser Rechtsinstitut Nichts enthalten[1]), ebenso auch im hessischen und ersten sächsischen Gesetzentwurfe Nichts von ihm vorkam, so widmen demselben hingegen das zürcherische und sächsische Gesetzbuch, wie auch der bayrische Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und der Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse eine mehr oder minder umfassende Behandlung[2]).

Aber auch vom gemeinrechtlichen Standpuncte ist die heutige Anwendung der actio ad exh. Gegenstand auseinandergehender Anschauungen. Giebt es wohl ein anderes Rechtsmittel, dem ein umfänglicher Pandectentitel gewidmet ist,

---

[1]) Noch im Westgalizischen Gesetzbuche fand sich die actio ad exhibendum aufgenommen, Thl. II. §. 89. Auch das bayrische Landrecht kennt sie, Thl. II. Cap. II. §. 12; III. §. 16.

[2]) Zürch. GB. §§. 1816—1822. Sächs. BGB. §§. 1565—1567. Bayr Entw. Art. 970—976 Entw. allgem. deutschen Ges. über Schuldverhältnisse Art. 1041—1045.

über welches Aeusserungen existirten, wie die folgenden? Einerseits Brinz[1]): „So nothwendig und alltäglich sie übrigens auch jetzt in den Augen Ulpian's (l. 1 ad exh.) war, so wenig erscheint sie bei uns in Uebung, so wenig also nothwendig oder als nothwendig oder gut begriffen zu sein." — Andrerseits Nissen[2]): „So ging der Nachwelt das Verständniss des römischen Klagensystems und seiner unerschöpflichen Feinheit verloren; so erklärt es sich, dass noch heute die Doctrin sich an Namen hält, mit denen man im practischen Leben nicht hervortritt, und dass man z. B. vor der actio ad exhibendum scheu vorüberschleicht, während keine Praxis, am wenigsten die eines Römers ihrer Hülfe entbehren kann." — Und Bruns[3]): „Die Exhibitionspflicht, die eine sehr weit verbreitete Anwendung hat und in mehrfacher Steigerung vorkommt."

Und sehen wir nun zunächst ab von der heutigen practischen Bedeutung des Instituts und suchen eine Anschauung desselben, wie es in den Quellen des römischen Rechts enthalten ist, aus unsern Pandectenlehrbüchern zu gewinnen, so finden wir auch hier kaum Befriedigung. Hören wir Andere. „Das Wesen dieses Rechtsmittels hat von jeher etwas Dunkles behalten, und die gewöhnliche Darstellung in den Lehrbüchern lässt eine Anschauung seines Wirkungskreises nicht gewinnen[4])." — Und ferner: „Die actio ad exhibendum, jene Klage, welche bis auf den heutigen Tag nicht genügend gewürdigt wird in ihrer die starren Formen und Erfordernisse des römischen Verfahrens mildernden Bedeutung[5])."

Wie schwankend und verschwommen alles Einzelne in

---

[1]) Pand. S. 461. Aehnliche Gedanken schon bei Donellus, comm. LXX. c. IX. §. 5. (vol. XIII. p. 67 ed. König) — aliquid de actionis usu; idque ideo, quia is nullus, aut perexiguus uideri potest. S. auch Perez, comm. ad Cod. tit. ad exh. i. fin.

[2]) Die kaufrechtliche Tradition S. 20.

[3]) In der Encyclopädie der Rwsch. von Holtzendorff, Erster Theil S. 350.

[4]) Ziebarth, die Realexecution und die Obligation S. 90.

[5]) Nissen a. a. O. S. 20.

der Exhibitionslehre ist, dafür genügt es z. B. auf die Darstellung bei Brinz[1]) zu verweisen, welche vor manchen andern voraus hat, dass wenigstens die Schwierigkeiten des Gegenstandes bezeichnet sind. Klagformel, Klaggrund, Tragweite der Klage, ihre Stellung im Klagensysteme, ihre Function im römischen Rechtsleben — Alles giebt zu schweren Zweifeln Anlass.

Da ist es denn auch kein Wunder, wenn unsere Klage von Solchen, die bei Verfolgung irgend einer andern Materie auf sie treffen, gar leicht als ein Stein des Anstosses empfunden wird. Ich erinnere nur an die Rolle, welche die actio ad exh. in der Lehre vom Eigenthumserwerb durch Verbindung spielt[2]).

Wie wenig sicher klingt die Bemerkung Jherings[3]): „Die Trennung der actio ad exhibendum von der rei uindicatio hat, soweit ich sehe, mehr einen doctrinären als practischen Grund gehabt" — am Schlusse seiner Ausführung, in welcher er die eminent practische Bedeutung der Scheidung und Abgrenzung der Klagen so überzeugend auseinandersetzt!

Und wie unsere actio hier eine Art juristisches Räthsel aufgiebt, so kommt sie andernorts plötzlich zu einer von Niemandem geahnten Rolle; ich meine die Verbindung der actio ad exhibendum mit dem Principe der Realexecution bei Ziebarth[4]).

Während nun gerade diese Specialfragen, namentlich die erstere, für den Verfasser den Ausgangspunct seines Interesses für die actio ad exh. bildeten, so stellte sich, nachdem es gelungen schien, ein deutliches Bild der actio, namentlich der Klagformel zu gewinnen, das Bestreben ein, das ganze Rechtsinstitut der Exhibitionspflicht zur Darstellung zu bringen, wie es im Recht der Pandectenjuristen als ein unverkennbar wichtiges Stück des Klagensystems lebendig ist. Und

---

[1]) Pand. §. 109.
[2]) Vgl. einstweilen Girtanner, Jahrbb. für Dogm. III. S. 168 ff.
[3]) Geist d. r. Rs. III. S. 47 a. E.
[4]) S. einstweilen Ziebarth a. a. O. S. 91 ff.

war einmal vom cottidianus usus der actio im classischen Rechte eine deutliche Anschauung vorhanden, so lag dann einerseits die Betrachtung nahe, welche Veränderungen es sind, die die Bedeutung des Exhibitionsanspruchs heut zu Tage zurückgedrängt haben; andrerseits schien es auch gerechtfertigt, manche Fragen der Lehre etwas intensiver zu behandeln, als dies bisher geschehen. Umsomehr, als manche Puncte, z. B. die exhibendi facultas, das dolo desinere possidere u. a. auch für die Theorie der Vindication bedeutungsvoll sind; als fernerhin meines Erachtens über den Sinn des zur actio ad exh. erforderlichen rechtlichen Interesses bisher noch keineswegs Klarheit oder auch nur Einstimmigkeit besteht. Und doch ist Klarheit über diesen Punct erforderlich, um die Frage zu beantworten, inwieweit unsere heutige Lehre von der Urkundenedition sich auf die Theorie der actio ad exh. gründen lässt, ob nicht vielmehr in der Art, wie unsere Rechtsprechung und Gesetzgebung den Begriff der sog. gemeinschaftlichen Urkunden erfasst und ausbildet, eine wirkliche Neubildung vorliegt.

Bedenken wir nun noch, dass die Darstellung des Exhibitionsanspruchs uns nicht nur Gelegenheit giebt, sondern auch die Nothwendigkeit auferlegt, in Lehren wie diejenige von den zusammengesetzten Sachen oder vom summatim cognoscere feste Stellung zu gewinnen, dass fernerhin eine Vorstellung von der formula ad exhibendum ohne manche eingehende processualische Erörterungen nicht zu gewinnen ist, dass endlich die Betrachtung der übrigen exhibitorischen Rechtsmittel hier und da zu einem rechtsgeschichtlichen Probleme führt, z. B. hinsichtlich der actio furti non exhibiti, — so wird die Hoffnung erlaubt sein, dass vorliegende Arbeit vielleicht etwas mehr bietet, als Mancher beim ersten Blick auf den Titel erwartet.

War das Zusammentreffen so verschiedener Gegenstände im Interesse formaler Ebenmässigkeit der Darstellung nicht gerade erwünscht, so ist doch gestrebt worden, den Faden der Entwicklung nicht zu verlieren, und es wird Nachsicht

verdienen, wenn etwa einmal des Zusammenhangs wegen eine Schicht tauben Gesteins zu durchdringen ist.

Zu Gute kommt es hingegen, dass wir bezüglich der Literatur der Exhibitionslehre freieste Hand haben. Da der actio ad exh., wie auch einigen andern exhibitorischen Rechtsmitteln besondere Digestentitel gewidmet sind, so zieht sich natürlich durch die ganze commentirende Literatur die Lehre hindurch, nur bei Einzelnen, als Cuiaz, Donell, Noodt, wegen des Hervortretens eigener Gesichtspuncte Beachtung verdienend, bei Andern als Zusammenstellung von Quellenmaterial und Meinungen der Schriftsteller einigen Nutzen gewährend, so etwa bei Glück. Ausser Vergleich das Bedeutendste findet sich auch bezüglich dieser Materie bei Donell.

In neuerer Zeit haben zwei Schriftsteller der Exhibitionspflicht eigene Arbeiten gewidmet. Die eine derselben von Einert[1]) kommt trotz eingehender, oft sehr verständiger Quellen- und Literaturbenützung nicht über den bisherigen Standpunct hinaus. Namentlich scheitert sie am mangelnden Verständniss des Formularprocesses, ein Mangel, der sich freilich aus der Zeit der Abfassung erklärt. Der Hauptfehler Einert's ist die Zerreissung der actio in vier Sonderklagen, für welche dann eigene Sätze aufgestellt sein sollen — eine Auffassung, die für das Verständniss der Quellen sehr verwirrend wirkt. Auch hindert ihn zuweilen eine so zu sagen scholastische Neigung zu überflüssigen Definitionen und Distinctionen, das Richtige zu sehn.

Eine zweite monographische Bearbeitung unseres Gegenstandes hat Bühler geliefert[2]). Die fleissige Arbeit gewährt, was der Verf. von ihr hofft, eine ausführlichere Zusammenstellung des heutigen Standpunctes, vermeidet den Hauptfehler des Vorgängers, sucht zum ersten Male Einblick in die geschichtliche Entwickelung der actio zu gewinnen, ist auch bestrebt den processualischen Gesichtspunct nicht zu vernachlässigen, kommt aber trotzdem nicht zu einer Anschauung

[1]) De actione ad exhibendum, Lips. 1816.

[2]) Die actio ad exhibendum. Züricher Inaug.-Diss. Luzern 1859.

der Bedeutung der Klage im classischen Rechtsleben und in manchen Einzelfragen, z. B. über das klägerische Interesse, zu ziemlich verschwommenen, in andern zu m. E. irrigen Resultaten.

Die Lehr- und Handbücher behandeln natürlich sämmtlich die Exhibitionspflicht. Das Beste findet sich unseres Erachtens bei v. Vangerow[1]), Anregendes bei Brinz, Umfängliches bei Unterholzner, Sintenis, Holzschuher.

Es würde unter diesen Verhältnissen gar nicht schwer sein, bedeutendes dogmengeschichtliches Material zusammenzuspinnen, allein nutzlos. Von einem hinter der Auffassung der Quellen stehenden Rechtsbewusstsein, von einer in der Dogmengeschichte hervortretenden rechtsbildenden Kraft kann bei unserm Gegenstande keine Rede sein. Es würde sich also wesentlich um Aufzählen und Verfolgen aller möglichen Irrthümer von den Byzantinern an bis zu den jüngsten Bearbeitern der Lehre handeln.

Wir unsrerseits müssen vielmehr vor Allem bestrebt sein, und legen das Hauptgewicht darauf, aus den Quellen heraus das Recht der Exhibition, wie es in der classischen Jurisprudenz lebt, zu erkennen und zu gestalten. Inwiefern dieses römische Rechtsinstitut für unsere heutige Gesetzgebung und Praxis noch Wichtigkeit hat, wird dann unmittelbar einleuchten. Fremde Meinungen beschäftigen uns also nur insofern, als sie zur Hervorhebung der eigenen Anschauung dienen, oder sonst Interesse zu haben scheinen. Im Uebrigen genügt die Verweisung auf Einert und Bühler.

---

[1]) Der im Wesentlichen auf dem durch Donell gewonnenen Boden verharrt.

Erstes Capitel.

Die Klagformel.

§. 1.

Bedeutung der Klagformel.

Wenn wir unsere Untersuchung beginnen mit dem Bemühen, von der Formel der actio ad exhibendum, als der wichtigsten auf Exhibition gerichteten Klage, ein deutliches Bild zu gewinnen, so geschieht dies keineswegs deshalb, weil sich etwa aus der Klagformel das materielle Recht erschliessen liesse. Das ist hier ebensowenig der Fall, als bei irgend einer andern Processformel. Wohl aber ist Kenntniss der formula ad exhibendum[1]) deswegen unentbehrlich, weil ohne sie die Frage nicht beantwortet werden kann, wie es möglich ist, dass eine und dieselbe Klage so verschiedenen practischen Zwecken dienen, zu so verschiedenen Resultaten führen kann, als uns dies von unserem Rechtsmittel berichtet wird. Die Einheit der actio in ihren verschiedenen Functionen ist heut zu Tage im Allgemeinen anerkannt[2]). Allein eine lebendige

---

[1]) Heffter, comm. ad Gai. p. 84: Sed nec actionis ad exhibendum formula extat. Utinam extaret, quo ueriora de hac actione nobis constarent.

[2]) Siehe namentlich v. Vangerow III. §. 707. Anm. III. 2. Einert §. 24. Letzterer hält zwar daran fest, Romanos ipsos unicam agnovisse ad exhibendum actionem, aber begnügt sich mit der Erklärung: quia communis est omnium earum formarum fons atque origo in legibus Romanis, und polemisirt gegen die richtige Lehre von Donellus, dass die actio jedenfalls Beziehung auf ein iudicium directum voraussetzt, und insofern immer einen präparatorischen Character trägt. Gegen

Einsicht in die verschiedenen Functionen ist doch nur möglich durch den Nachweis, warum die Formel einer jeden ihrer verschiedenen Aufgaben genügte. Fernerhin kommt es auch darauf an, mit Bestimmtheit sagen zu können, zu welchen Zwecken die formula ad exhibendum nicht verwendbar ist, und somit einen festen Halt für die Begrenzung der Exhibitionspflicht zu gewinnen.

Einblick in die formula ad exhibendum wird aber auch einen allgemeinen Nutzen für unsere Untersuchung haben. Wie natürlich die Reconstruction der Formel nur aus den Aussprüchen der Quellen, insonderheit der von der Exhibition handelnden, geschehen kann, so kann es andrerseits nicht fehlen, dass wiederum manche Worte der Juristen dem gewonnenen Formelbilde gegenüber erst ins rechte Licht gestellt werden. Und zwar dürfte gerade die uns vorliegende Lehre, wie im Laufe der Untersuchung erhellen wird, in dieser Beziehung manches interessante Beispiel bieten.

Selbstverständlich kommt es, wie überhaupt, so auch ins Besondere für unseren Zweck nicht darauf an, etwa eine wörtliche Restitution der Formelworte zu versuchen, sondern nur auf Erkenntniss des Gedankenganges des dem Exhibitionsrichter ertheilten Auftrags, somit der einzelnen Formeltheile und ihrer logischen Verbindung. Die darauf zu verwendende Mühe — und ohne sehr ausführliches Eingehn auf jeden sich bietenden Anhaltspunct wird nichts Förderliches zu gewinnen sein — wird nicht verloren sein, ganz abgesehen von dem lediglich processualischen Interesse der Frage [1]).

die innere Einheit der Klage z. B. Glück, Comment. XI. S. 187. Brinz, Pand. I. §. 109. S. 462: „In ihrem Ausgang überschreitet unsere Klage zuweilen die Grenzen ihrer Definition, indem sie nicht nur Exhibition, sondern Restitution und zwar sammt causa rei mit sich führt. Ohne entsprechendes Klagformular können wir uns das für den classischen Process nicht denken" — folgen Versuche, Anhaltspuncte für ein solches Klagformular zu gewinnen. Aehnlich Ziebarth, Realexecution und Obligation S. 95f., aber ohne Scrupel bezüglich der Formel.

[1]) Durch Jherings, G. d. r. R. II. S. 604 (2. Aufl.), Warnung vor der „Unsitte des Reconstruirens römischer Klagformeln" können wir

§. 2.

Condemnatio und arbitrium.

Als Ausgangspunct für die Reconstruction der Formula ad exhibendum[1]) muss dienen Gai. III, 51:

> Diuersa est, quae infinita est[2]), uelut si rem aliquam a possidente nostram esse petamus, id est, si in rem agamus uel ad exhibendum; nam illic ita est: QVANTI EA RES ERIT TANTAM PECVNIAM IVDEX NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO CONDEMNA. SI NON PARET, ABSOLVITO. (ABSOLVE, Huschke).

Dass hier das Wort 'illic' nicht etwa nur auf das 'si in rem agamus', sondern auch auf das 'uel ad exhibendum' sich bezieht, kann nach dem ganzen Zusammenhange keinem Zweifel unterliegen[3]). Das 'in rem agere uel ad exhibendum' wird von Gaius identificirt mit dem 'rem aliquam a possidente nostram esse petere'. Inwieweit aus dieser Identificirung auf die Natur der actio ad exhibendum sonst geschlossen werden kann, wird weiter unten beurtheilt werden. Hier ist nur sicherzustellen, dass die condemnatio unserer Formel wirklich lautet: quanti ea res erit u. s. w.

Dazu passt auch, was aus den Pandectenstellen in dieser Beziehung zu entnehmen ist. Zwar könnte man beim ersten Blick auf manche Stellen[4]) der Meinung werden, nicht auf das objective quanti ea res, sondern auf ein subjectives

---

uns aus den angegebenen Gründen nicht abhalten lassen, oder glauben vielmehr, dass dieselbe sich auf das im Text bezeichnete Bestreben gar nicht beziehen kann.

[1]) Plin. ep. V, 11: — libera tandem hendecasyllaborum fidem, qui scripta tua communibus amicis spoponderunt. Appellantur cottidie et flagitantur: ac iam periculum est, ne cogantur ad exhibendum formulam accipere.

[2]) scil. condemnatio.

[3]) Illic häufig ganz in der Bedeutung von ibi gebraucht: Hand, Turs. p. 205. Mehrmals auch insonderheit bei Gaius, so in den unmittelbar vorausgehenden Paragraphen IIII, 50. 49. 42.

[4]) l. 3 §. 9. 12. l. 7 §. 7. l. 9 §. 8. l. 10. 12 §. 4. l. 13. 19 ad exh. l. 2 §. 1 de trit. leg.

quantum actoris interest sei die condemnatio gerichtet gewesen. So lässt denn in der That Rudorff[1]) unsere Formel lauten:

Quantae pecuniae paret A^i. A^i. interesse hominem q. d. a. sibi exhiberi — tantam pecuniam iudex u. s. w.

Allein es ist kein Grund vorhanden, von dem sichern Zeugniss des Gaius abzugehen. Es ist schon mannichfach erkannt und ausgesprochen, dass die bei allen arbiträren auf Restitution einer Sache gerichteten Klagen vorkommenden Formelworte quanti res est oder erit durch Interpretation der Juristen die Bedeutung erhalten quanti actoris interest[2]). Insonderheit bezeugt Gaius IIII, 163:

> Namque si arbitrum postulauerit, cum quo agitur, accipit formulam, quae appellatur arbitraria: nam iudicis arbitrio, si quid restitui vel exhiberi debeat, id sine poena exhibet uel restituit, et ita absoluitur; quodsi nec restituat neque exhibeat, quanti ea res est, condemnatur —

dass in den aus den exhibitorischen Interdicten gegebenen actiones arbitrariae die condemnatio auf quanti ea res ging; und andrerseits wird bei ihnen verurtheilt in id quod interest[3]).

Und wenn ferner Ulp. sagt l. 9 §. 8 ad exh.:

> Praeterea utilitates, si quae amissae sunt ob hoc quod non exhibetur vel tardius quid exhibetur, aestimandae a iudice sunt: et ideo Neratius ait utilitatem actoris uenire in aestimationem, non quanti res sit, quae utilitas, inquit, interdum minoris erit quam res erit —

---

1) RG. II. S. 170. und Edict. perp. §. 86.

2) l. 68 de rei vind. l. 6 de vi l. 3 §. 11 uti possid. u. a. Schmidt, Interdictenverfahren S. 254 f. Mommsen, Interesse S. 50 f. Windscheid, Heidelb. krit. Zeitschr. II. S. 529. Pandecten II. §. 257. Anm. 2. Auch wo von vorn herein auf das Interesse geklagt wird, geht die condemnatio auf quanti rei est l. 4 §. 7—9 de damn. inf.

3) l. 3 §. 11 de tab. exh. l. 3 §. 13 de hom. lib. exh. In beiden Fällen kann ja selbstverständlich die litis aestimatio doch unmöglich im Sachwerth der tabulae resp. des freien Menschen bestehen, sondern muss von vorn herein die Bedeutung von Interesse haben. So auch sonst häufig. Vgl. Mommsen a. a. O, S. 68 ff.

so kann man nach dem Beigebrachten nicht nur daraus keinen Schluss machen gegen eine condemnatio mit quanti ea res erit, sondern im Gegentheile erhält die Bemerkung des Neratius erst von unserm Standpuncte aus ihre volle Bedeutung, nämlich die einer Warnung vor zu enger Interpretation dieser Formelworte. Die Stelle reiht sich somit denjenigen Quellenaussprüchen an, aus welchen hervorgeht, dass das quod actoris interest nur als eine durch Interpretation gewonnene Erweiterung des quanti ea res erscheint.

Ist somit die condemnatio der gesuchten Formel ausser Zweifel[1]), so darf dasselbe gelten bezüglich der unmittelbar vorausgehenden den iudex zum arbitrium de exhibendo ermächtigenden Clausel. Die Existenz derselben geht schon daraus hervor, dass die actio ad exhibendum den actiones arbitrariae zugezählt wird[2]), fernerhin aus der Bezugnahme auf das arbitrium bei Behandlung unserer Klage durch die Pandectenjuristen[3]), insonderheit aus der engen Zusammenstellung mit dem arbitrium restituendi der petitoria[4]); bestärkend tritt auch hinzu die Analogie der actiones arbitrariae aus den exhibitorischen Interdicten[5]).

§. 3.

Intentio.

Ist im Vorigen die condemnatio auf 'quanti ea res erit' festgestellt worden, so ist nun sofort mit Sicherheit zu behaupten, dass als Gegenstand eines si paret, als Inhalt einer in factum concipirten intentio, das Interesse des Klägers an

---

1) S. auch Keller, Pand. §. 381 a. E.

2) §. 31 I. de action.

3) l. 3 §. 9. 13. l. 7 §. 4. 6. l. 9 §. 6. 8. l. 11 §. 2. l. 17 h. t. l. 28 §. 1 de appellat.

4) l. 1. 2 de in lit. iur.

5) Gaius IIII, 163 (abgedruckt S. 10). Schmidt a. a. O. S. 259 f. Rudorff, RG. II. §. 50 Anm. 20: „Die Klage sieht fast wie eine arbitraria ex interdicto aus" — aber eben nur in dieser einen Beziehung, wie erhellen wird.

der Exhibition nicht erscheinen kann. Auf das hiernach zu Verwerfende läuft das 'quantae pecuniae paret A^i^. A^i^. intresse' Rudorffs hinaus, und auch Brinz[1]) ist geneigt sich unsere Formel in dieser Weise zu denken.

Es braucht kaum einer weiteren Ausführung, dass durch die gefundene condemnatio auch die Aufgabe des iudex, zu erwägen, ob Kläger an der Exhibition ein Interesse hat, ihren genügenden Ausdruck findet. So sehen wir denn auch sonst, wo eine auf das Interesse des Klägers gerichtete intentio zweifellos nicht angenommen werden kann, die Verurtheilung des Beklagten durch die Aussprüche der Quellen abhängig gemacht von dem Bestande eines solchen Interesses, oder was auf dasselbe hinausläuft, das Interesse des Klägers als Voraussetzung seines Klagrechts bezeichnet, das letztere geradezu demjenigen zugeschrieben 'cuius interest'[2]).

Natürlich braucht für manche der Klagen, auf welche sich die in der Anmerkung angeführten Stellen beziehen, für solche nämlich, welche eine eng begrenzte intentio haben, für einen ganz speciell bezeichneten Thatbestand gegeben sind, die Voraussetzung des klägerischen Interesse von den Juristen nicht weiter betont zu werden, indem doch kaum gesagt zu werden braucht, es solle nicht auf das Interesse verurtheilt werden, wo keines zu finden ist. Ganz anders, wo, wie bei der actio ad exhibendum, der actio furti, dem interdictum quod ui aut clam, die Voraussetzung des Interesses den einzigen Anhalt bietet zur genaueren Erörterung der Frage,

---

[1]) Pand. I. §. 109. S. 463: „Fast möchten wir aber auch die weitere Behauptung aufstellen, dass die beiden Formulare auch in der Intentio auseinander gegangen seien, dergestalt, dass das blos exhibitorische auf Klägers Interesse zur Sache (l. 3 §. 9 h. t.), das restitutorische u. s. w.“ Ueber das Nichtauseinandergehen siehe weiter unten.

[2]) l. 14 pr. de cond. furt. l. 12 §. 5 de usufr. l. 27 §. 2 de rei vind. l. 10. 11. 12 §. 2. l. 14 §. 2. 3. 6. 7. 10. 14 und sonst im tit. de furtis. §. 13—17 I. de oblig. quae ex del. l. 2 si quadrupes paup. fec. dic. l. 4 §. 7—9 de damn. inf. l. 4 §. 5 de alien. iud. mut. caus. Paul. sent. II, 31, 17. l. 11 § 1. 10. 12. 14. l. 12. l. 13 §. 3. 4. l. 16 quod ui aut clam.

wem die Klage zusteht. In den die letztgenannten Klagen behandelnden Titeln befolgen denn auch die Pandectenjuristen dieselbe Methode der Erörterung; sie suchen nämlich dem unbestimmten Begriffe des Interesses bestimmte rechtliche Beziehungen unterzulegen [1]).

Die Nichtexistenz einer auf das Vorhandensein des Interesses gerichteten intentio wird aber auch ferner bewiesen durch einzelne Aussprüche der Quellen. So fährt Ulp. in l. 3 ad exh., nachdem er eine Reihe von causae ad exh. agendi aufgeführt (§. 3—8) in §. 9 fort:

> Sciendum est autem non solum eis quos diximus competere ad exhibendum actionem, uerum ei quoque, cuius interest exhiberi.

Es lässt sich doch nicht annehmen, dass Ulp. die angebliche intentio vor Augen, das Interesse des Klägers nur als Supplement, als eine Art clausula generalis behandeln würde, ja dass er die Zulässigkeit der Klage auf Grund desselben als eine besonders hervorzuhebende Wahrheit betrachten sollte. Und wenn Ulp. weiter fortfährt:

> iudex igitur summatim debebit cognoscere, an eius intersit, non an eius res sit, et sic iubere uel exhiberi, uel non, quia nihil interest —

so fragen wir, wie Jemand hätte darauf kommen sollen, anzunehmen, der Richter habe zu entscheiden 'an eius res sit', wenn in der intentio befohlen gewesen wäre zu untersuchen 'an eius intersit' [2]).

Ein noch stärkeres Argument bietet §. 14 desselben Fragments:

> Interdum aequitas exhibitionis efficit, ut, quamuis ad exhibendum agi non possit, in factum tamen actio detur, ut Iulianus tractat. seruus, inquit, uxoris meae rationes

---

[1]) Vgl. bezüglich des interd. quod ui aut clam Stölzel, Lehre von der op. n. nunt. und dem interd. q. v. a. clam S. 380 ff.

[2]) Wie nahe die von Ulp. negirte Annahme lag, wird erst im weiteren Verlaufe unserer Untersuchung klar werden; einstweilen dient die Stelle nur zur Unterstützung unserer Verneinung.

meas conscripsit: Hae rationes a te possidentur: desidero eas exhiberi. ait Iulianus, siquidem mea charta scriptae sint, locum esse huic actioni, quia et uindicare eas possum: nam cum charta mea sit, et quod scriptum est meum est: sed si charta mea non fuit, quia uindicare non possum, nec ad exhibendum experiri: in factum igitur mihi actionem competere —

eine Stelle, welche wegen ihrer Wichtigkeit für die Frage nach der causa ad exh. agendi uns später ausführlich beschäftigen wird. Hier genügt die Bemerkung, dass, wenn die intentio der act. ad exh. allgemein auf das klägerische Interesse ginge, ein Grund, warum im zweiten Falle der Stelle die intentio nicht passt, also actio in factum gegeben werden muss, ganz unerfindlich wäre. Es wäre doch, die fragliche intentio vorausgesetzt, eine reine Interpretationsfrage, ob der und der Thatbestand genüge, ein A^i. A^i. interesse anzunehmen[1]).

In der erlangten Ueberzeugung, dass es eine auf das klägerische Interesse gerichtete intentio unserer Formel nicht gegeben hat, kann uns auch keineswegs irre machen l. 19 h. t. von Paulus:

Ad exhibendum possunt agere omnes quorum interest. sed quidam consuluit, an possit efficere haec actio, ut rationes aduersarii sibi exhiberentur, quas exhiberi magni eius interesset. respondit non oportere ius ciuile calumniari neque uerba captari, sed qua mente quid diceretur, animaduertere convenire. nam rell.

Denn das 'uerba calumniari', das 'uerba captari', das 'qua mente quid diceretur' beweist zwar die entscheidende Bedeutung des Wortes interesse; allein ein Grund, dasselbe in der Klagformel zu suchen, fehlt gänzlich. Im Gegentheile be-

---

[1]) Auf die Nichtanwendbarkeit des Begriffs exhibere, auf welcher im Falle der l. 15 h. t. die Deficienz der actio ad exh. beruht, kann man doch in unserer Stelle das Versagen der Klage unmöglich stellen. Es beruht — darüber unten — auf dem Fehlen eines iudicium directum, welches in der Klagformel designirt werden musste.

weist gerade das 'ius ciuile', dass wir es hier mit dem Worte im Munde der juristischen Respondenten zu thun haben.

Ebensowenig irrt uns l. 7 §. 7 h. t. Ulp.:

> Ibidem non male Pomponius iungit eius, qui ad exhibendum egit, utroque tempore interfuisse oportere rem ei restitui, hoc est et quo lis contestatur et quo fit condemnatio: et ita Labeoni placet.

Daraus, dass hier das Vorhandensein des Interesses schon im Momente der Litiscontestation gefordert wird, kann man keineswegs schliessen, dass jenes Vorhandensein den Inhalt der Formelintention gebildet habe. Allerdings gehört das Interesse des Klägers zu den Voraussetzungen des Klagrechts und zwar zu den Voraussetzungen rechtlicher Natur, nicht etwa nur zu den thatsächlichen Voraussetzungen des arbitrium de exhibendo — und darin liegt eben der Grund des in obiger Stelle Ausgesprochenen[1]). Allein dass eben zu diesen rechtlichen Voraussetzungen nicht nur solche Dinge, die in der intentio stehen, gehören können, dass insonderheit auch in dem quanti ea res erit der condemnatio eine solche Voraussetzung stecken kann, ist oben hoffentlich genügend nachgewiesen.

§. 4.

Fortsetzung.

Steht nun fest, dass das Interesse des Klägers nicht den Inhalt der intentio der formula ad exhibendum gebildet hat, und will man doch an dem Gedanken festhalten, dass diese Formel eine in factum concipirte intentio gehabt habe[2]) — so bliebe nichts übrig, als diese intentio auf den Besitz des Beklagten, seine facultas exhibendi gerichtet sich zu denken.

---

[1]) Vgl. Bethmann-Hollweg, R.CPr. II. S. 516.

[2]) So ausser Rudorff und Brinz auch Bethmann-Hollweg II, 227: „Der Prätor dehnte diese Behandlungsweise durch actiones in factum conceptae auf Fälle der Restitution im weiteren Sinn und auf die die Restitution vorbereitende Exhibition aus.“

In der That schliesst auch **Rudorff**[1]) an sein 'Quantae pecuniae paret A^i. A^i. interesse rem de qua agitur sibi exhiberi' noch die Worte an:

si ea res penes N^m. N^m. est doloue malo N^i. N^i. factum est quo minus penes eum esset. —

Wenn wir nicht irren, lässt sich **Rudorff** bei dieser Construction leiten durch die Analogie der actio arbitraria aus den exhibitorischen Interdicten[2]), indem es beim interdictum de tabulis exhibendis heisst: si hae (tabulae) penes te sunt, aut dolo malo tuo factum est, ut desinerent esse[3]).

Es wird richtig sein, diese Analogie zunächst bei Seite zu lassen, und vielmehr aus dem über die actio ad exh. selbst Berichteten zu ermitteln, ob die Annahme einer derartigen intentio haltbar ist, oder nicht.

Für das Letztere entscheidet Folgendes. Wer die Stellen, welche einerseits im Titel de rei uindicatione, andrerseits im Titel ad exhibendum über die facultas restituendi bezw. exhibendi handeln, vergleicht, der muss den Eindruck gewinnen, dass gerade wie bei der uindicatio, so auch bei der actio ad exh. der Besitz des Beklagten lediglich als factische Voraussetzung des Restitutions- bezw. Exhibitionsarbitriums erscheint, mit andern Worten, dass die Besitzfrage nicht in die intentio gehört, sondern vermöge der Clausel 'nisi exhibeat' officio iudicis zu berücksichtigsn ist. Ueberall erscheint die Frage schliesslich gestellt auf das 'exhibere posse', die 'exhibendi facultas'[4]). Allerdings dreht sich die Argumentation der Juristen zum Theil um den Ausdruck 'possidere'. Allein das ist ganz gleicherweise in der Vindicationslehre der Fall und erklärt sich, ganz wie auch die Betonung des Ausdruckes 'interesse', daraus, dass natürlicher und zweckmässiger Weise

---

[1]) a. a. Orten.

[2]) RG. a. a. O. n. 20: „Die Klage sieht fast wie eine arbitraria ex interdicto aus." Edict. perp. a. a. O. n. 6: „Hoc ex interdicto in arbitrariam formulam transcriptum esse uidetur."

[3]) l. 1 pr. de tab. exh.

[4]) l. 5 pr. §. 5. 6. l. 7 §. 3. l. 12 §. 1 ad exh.

im Munde der Respondenten gewisse Schlagworte sich gebildet hatten[1]).

Mit dem Gesagten stimmt vollkommen überein die Auseinandersetzung von Ulp. in l. 7 §. 4 ad exh.:

Si quis non possideat litis contestatae tempore, sed postea ante sententiam possidere coeperit, oportere dici putamus debere condemnari, nisi restituat —

woran sich anschliesst §. 6 ibid.:

Idem scribit, si quis litis contestatae tempore possederit, deinde desierit possidere, mox coeperit siue ex eadem causa siue ex alia, condemnari eum oportere, nisi restituat.

Beide Stellen sind für unsern Nachweis einmal insofern brauchbar, als, wie mir wenigstens scheint, die Entscheidung des Juristen gestellt ist auf das dem Richter vorgeschriebene 'nisi restituat, condemna'. Ferner ist aber auch die Entscheidung selbst, dass es für die Frage nach dem possidere des Beklagten lediglich auf den Moment der sententia ankommt, für uns beweisend. Denn daraus geht hervor, dass das possidere nicht Rechtsgrund der Klage, sondern nur Voraussetzung der exhibendi facultas, factische Voraussetzung des iussus ad exhibendum bezw. der Condemnation ist.

Ganz ebenso steht es mit der Entscheiduug von Iulian. l. 8 h. t.:

Si ad exhibendum actum est cum eo, qui neque possidebat neque dolo malo fecerat quominus possideret, deinde eo defuncto heres eius possideat rem, exhibere eam cogendus erit. nam si fundum vel hominem petiero et heres ex eadem causa possidere coeperit, restituere cogitur —

[1]) Rudorff RG. a. a. O. sieht sich veranlasst anzunehmen, dass früher in der Formel 'possidere' gestanden, was später in 'penes N^{m} esse' umgewandelt worden sei. Ganz abgesehen von der im Text nachzuweisenden Unmöglichkeit einer auf Besitz gerichteten intentio — würde sich die Annahme dieser Umwandlung lediglich auf ein Rescript Alexander's stützen c. 4. ad exh.; in den Pandecten kommt das 'penes' in dieser Beziehung nicht vor, regelmässig dagegen (mit apud abwechselnd) im Titel de tab. exh. Es liegt nahe, dass Alexander, von instrumenta redend, das bei der Exhibition von tabulae gebräuchliche Wort braucht.

wo noch zum Ueberflusse geradezu von der in rem actio auf die actio ad exh. geschlossen wird.

Und wer noch zweifeln sollte, dass diese Entscheidungen sich zurückführen lassen auf die Einrichtung der Klagformel, nämlich auf das Nichtvorkommen des 'possidere' in der intentio, wird sich aufgeklärt sehn durch Ulp. l. 30 pr. de peculio:

> Quaesitum est, an teneat actio de peculio, etiamsi nihil sit in peculio cum ageretur, si modo sit rei iudicatae tempore. Proculus et Pegasus nihilo minus teneri aiunt: intenditur enim recte, etiamsi nihil sit in peculio. idem et circa ad exhibendum et in rem actionem placuit, quae sententia et a nobis probanda est.

Die actio de peculio ist im Ganzen der actio ad exh. und in rem actio so unähnlich, dass ein desto stärkeres Gewicht fällt auf das ihnen nach der Stelle Gemeinsame. Das ist aber sicherlich eben der dem idem unmittelbar vorhergehende Satz; wie intenditur recte, etiamsi nihil sit in peculio, so auch intenditur recte ad exhibendum, etiamsi reus non possideat litis contestatae tempore. Und auch hier wieder die bei dieser Frage stereotype Zusammenstellung unseres Rechtsmittels mit der in rem actio.

Dem geführten Beweise gegenüber scheint es kaum nothwendig einer Stelle zu gedenken, welche Rudorff[1]) für sich anführt, nämlich Callistr. l. 63 de legat. II:

> Si heres rem, legatam ignorans, in funus consumpsit, ad exhibendum actione non tenebitur, quia nec possidet nec dolo malo fecit quo minus possideret. sed per in factum actionem legatario consulitur, ut indemnitas ei ab herede praestetur.

Nicht deswegen versagt hier actio ad exh., weil ihre intentio nicht passte, sondern aus demselben Grunde, aus welchem auch die uindicatio versagen würde, welche letztere ja zudem das iudicium directum für die erstere Klage abgeben müsste.

---

[1]) Edict. perp. §. 86 n. 7.

§. 5.

Fortsetzung.

Hat aber nun weder das klägerische Interesse, noch der Besitz des Beklagten den Inhalt der intentio unserer Formel gebildet, so kann letztere überhaupt unmöglich in factum concepta gewesen sein. Denn welcher Thatumstand könnte sonst wohl als Rechtsgrund der Exhibition gedacht werden? Und gegen die Qualität der actio ad exh. als in factum concepta spricht noch Anderes.

Zwar das wäre ein falscher Schluss, wenn man sagen wollte: weil zuweilen, wo die actio ad exh. nicht passt, eine actio in factum gegeben wird [1]), so ist erstere Klage selbst nicht in factum concipirt gewesen. Denn auch wo ständige actiones in factum nicht anwendbar waren, ist durch neue dergleichen geholfen worden [2]).

Wohl aber passt zum Resultate des von uns gemachten Schlusses die Thatsache, dass die actio ad exh. keine praetorische, sondern eine civile Klage ist. Es besteht darüber ein alter Streit [3]), welchen ins Einzelne zu verfolgen hier nicht am Platze ist, umsoweniger, als derselbe, trotzdem an der Spitze der Parteien Juristen wie Cuiaz und Anton Faber stehn, doch mit grösstentheils höchst fadenscheinigen Gründen geführt worden ist [4]). In neuester Zeit entscheiden sich Savigny [5]), Rudorff, Brinz, Bethmann-Hollweg [6]) für die praetorische Qualität, wie ich glaube, mit Unrecht.

---

[1]) l. 3 §. 14. l. 15 ad exh. c. 7 ad exh. l. 23 §. 5 de uind. l. 63 de legat. II.

[2]) z. B. siehe bei Bethmann-Hollweg R.CPr. II S. 322.

[3]) Einert §. 25 sqq. Glück, Comment. XI S. 191 f.

[4]) S. eine Zusammenstellung derselben bei Bühler p. 9f.

[5]) Syst. V S. 130.

[6]) Erstere Beiden eben dadurch, dass sie die formula in factum concipirt sein lassen. Bethmann-Hollweg II S. 227 abgedruckt S. 15. Auch Heffter ad Gai. p. 48 s., welcher eine formula mit fictio annimmt.

Den Hauptanhaltspunct in den Quellen giebt Pompon. l. 16 de praescr. uerb.[1]):

Permisisti mihi cretam eximere de agro tuo ita, ut eum locum, unde exemissem, replerem: exemi nec repleo: quaesitum est, qnam habeas actionem. sed certum est ciuilem actionem incerti competere: si autem uendidisti cretam, ex uendito ages. quod si post exemptionem cretae repleuero nec patieris me cretam tollere tu, agam ad exhibendum, quia mea facta est, cum uoluntate tua exempta sit. §. 1. Permisisti mihi, ut sererem in fundo tuo et fructus tollerem: seui nec pateris me fructum tollere. nullam iuris ciuilis actionem esse Aristo ait: an in factum dari debeat, deliberari posse: sed erit de dolo.

Im principium der Stelle führt Pomp. aus, dass in dem von ihm behandelten Falle je nach Umständen drei Klagen zulässig seien, actio praescriptis uerbis, actio uenditi, actio ad exhibendum. Sofort folgt die Angabe eines ähnlichen Falles; hier wird die Existenz einer passenden Civilklage verneint und auf eine in factum actio verwiesen. Nun legt es schon dieser Zusammenhang nahe, bei dem 'nullam iuris ciuilis actionem esse' an die letzte der angegebenen Civilklagen, oder doch wenigstens mit an die letzte, die actio ad exh. zu denken. Wenn aber doch Jemand entgegnen wollte, es sei nicht nöthig, bei jenen Worten gerade an alle drei genannten Klagen zu denken, noch weniger gerade an die zuletzt genannte, so lässt sich sogar darthun, dass in der That bei der Negation einer Civilklage nur an die actio ad exh. gedacht werden kann, dass geradezu die Zulässigkeit dieser Klage mit den Worten nullam esse iuris ciuilis actionem verneint werden soll.

Wenn nämlich als Veranlassung des zu gewährenden Rechtsmittels der Thatbestand erscheint: 'seui, nec pateris me fructus tollere' — so kann weder an eine actio praescri-

---

[1]) Diese Stelle bildet das einzige brauchbare Argument, welches in der ganzen Controverse von Cuiaz bis Einert und Bühler vorkommt.

ptis uerbis gedacht werden — es ist von Seiten des Klägers gar Nichts geleistet — noch weniger an eine actio uenditi — von einem Kauf ist in §. 1 gar nicht die Rede, und selbst wenn wir ihn hinzudächten, hätte Kläger actio emti —; dagegen erwartet man beinahe, dass der Jurist nach den Worten 'nullam iuris ciuilis actionem esse' fortfährt: quia non mei facti sunt, quamquam uoluntate tua seui — als Grund für das Versagen einer auf Gestattung des tollere gerichteten actio ad exhibendum[1]).

Nahegelegt wird die aus l. 16 folgende Eigenschaft unserer Klage als einer Civilklage durch die Bezeichnung, welche wir für dieselbe angewendet finden bei Labeo l. 33 depos.:

Seruus tuus pecuniam cum Attio in sequestre deposuit apud Maeuium ea condicione, ut ea tibi redderetur, si tuam esse probasses, si minus, ut Attio redderetur. posse dixi cum eo, apud quem deposita esset, incerti agere, id est ad exhibendum, et exhibitam uindicare, quia seruus in deponendo tuum ius deterius facere non potuisset.

Uns interessirt hier nur die Bezeichnung unseres Rechtsmittels als incerti actio[2]). Rudorff, welchem diese Bezeichnung natürlich, da er die Klage für eine praetorische actio in factum concepta hält, recht befremdlich erscheinen

---

[1]) Man beruft sich (so Einert p. 96 und Bühler p. 13) auch noch auf l. 14 § 3 von Ulp.:

Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat eamque ego immisso pecore depascam, Aristo scribit non sibi occurrere legitimam actionem, qua experiri possim: nam neque ex lege duodecim tabularum de pastu pecoris (quia non in tuo pascitur) neque de pauperie neque (de) damni iniuriae agi posse: in factum itaque erit agendum.

Allein hier sieht man, dass Aristo an die act. ad exh. nicht gedacht hat, da er ja die Klagen, an die er denkt, aufzählt.

Aus l. 16 vergl. mit l. 14 sieht man übrigens, dass Aristo in seinen notae ad Sabinum (Rudorff, RG. I S. 184) sich mehrfach mit Ergänzung des civilen Klagensystems durch praetorische actiones in factum beschäftigt hat.

[2]) Im Uebrigen siehe über die Stelle Muther, Sequestration §. 41 und unten §. 16.

muss, sucht sich durch die Bemerkung[1]) zu helfen: "incerti heisst sie mehr in materieller Rücksicht". Allein es ist doch nicht der mindeste Grund vorhanden, aus welchem Labeo hätte darauf kommen können, gerade an dieser Stelle die materielle Unbestimmtheit der Klage hervorzuheben und noch dazu mit der Wendung 'id est', was doch entschieden erklärende, identificirende Bedeutung hat. Von unserm Standpuncte aus hat diese allerdings ganz vereinzelt stehende Bezeichnung kaum etwas Befremdliches. Denn wenn auch der Name incerti actio in seiner engeren gewöhnlichsten Bedeutung sich beschränkt auf die Klagen ex stipulatu und ex testamento mit condemnatio incerta[2]), so wird doch auch die actio praescriptis uerbis als ciuilis actio incerti bezeichnet[3]), und auch unserer *ciuilis* actio ad exhibendum kann im Gegensatze zur actio (condictio) certi der Name incerti actio füglich beigelegt werden. Die Terminologie 'actio certi und incerti' bewegt sich eben nur auf dem Gebiete der actiones ciuiles.

Die enge Beziehung der actio ad exh. zu den übrigen auf incertum gerichteten civilen Klagen geht auch hervor aus der Art, wie Pompon. argumentirt in l. 12 §. 1 dep.[4]):

> Depositum eo loco restitui debet, in quo sine dolo malo eius est, apud quem depositum est: ubi uero depositum est, nihil interest. eadem dicenda sunt communiter et in omnibus bonae fidei iudiciis. sed dicendum est, si uelit actor suis impensis suoque periculo perferri rem Romam, ut audiendus sit, quoniam et in ad exhibendum actione id seruatur.

Es sind eben Civilklagen, mit denen sich Pomponius im Anschlusse an Sabinus beschäftigt, praetorische Rechtsmittel

---

[1]) RG. II §. 50 Anm. 20. Haloander will auch hier durch Conjectur helfen, idem für id est.

[2]) Rudorff RG. II S. 148. Bethmann-Hollweg II S. 269.

[3]) Bethmann-Hollweg II S. 325.

[4]) In demselben lib. XXII ad Sabinum, aus dem auch l. 16 de praescript. uerb. genommen ist.

nur zur Ergänzung von jenen gelassener Lücken herbeiziehend.

Möge man nun die Unterstützung, welche die beiden zuletzt angeführten Stellen unserer Ansicht gewähren, höher oder geringer anschlagen, jedenfalls ist l. 16 de praescr. uerb. beweisend. Uebrigens sind wir bei unserer Untersuchung in der günstigen Lage, dass, wenn von unsern beiden Sätzen: 1) die actio ad exh. habe keine in factum concipirte intentio gehabt — 2) sie sei eine Civilklage — auch nur der Eine bewiesen ist, zugleich auch der andere feststeht. Um so sicherer das Resultat, wenn sich jeder Satz für sich allein hat darthun lassen.

Es ist mit der civilen Qualität ganz vereinbar, dass die actio ad exh. auch auf Grund praetorischer Klagrechte (als iudicium directum) gegeben wird, z. B. der hypothecaria[1]), eines Interdicts[2]), von Noxalklagen[3]), welche doch zum Theile edicto praetoris constitutae sunt[4]). Die Art, wie das iudicium directum in der Formel angedeutet wird (siehe darüber weiter unten), macht das leicht möglich. Der in der Formel ausgedrückte Rechtsgedanke, die Formel in ihrer Zusammensetzung selbst, die Exhibitionspflicht gehört dem Civilrecht an. Dass als Basis des klägerischen Interesses auch actiones praetoriae von der Jurisprudenz zugelassen worden sind, vermag der actio ihren Character als ciuilis actio nicht zu nehmen[5]).

---

1) l. 3 §. 3 ad exh.

2) §. 5 ibid.

3) §. 7 ibid.

4) §. 4 I. de noxal. action.

5) Unrichtig ist es daher, wenn Anton. Faber de error. Pragmaticorum Dec. XCII Err. 5 unter Billigung von Glück XI S. 192 behauptet hat, dass die actio ad exh. entweder eine civile, oder eine praetorische sei, je nachdem sie wegen einer Civilklage oder einer praetorischen Klage angestellt werde. S. auch Bühler p. 8 sq.

§. 6.

Fortsetzung.

Was hat aber nun diese civile actio ad exh. für eine intentio gehabt? Letztere müsste doch in ius concepta gewesen sein?

An Zweierlei könnte man als Inhalt dieser intentio zu denken geneigt sein. Vielleicht ging sie auf exhibere oportere? Dagegen spricht aufs Entschiedenste der Umstand, dass die richterliche Untersuchung lediglich auf das klägerische Interesse gestellt ist und zwar, wie wir gesehn haben, kraft der Clausel quanti ea res erit der condemnatio. Was sollte daneben noch ein si paret N^{m}. N^{m}. exhibere oportere, welches oportere doch bestimmte vom iudex zu constatirende Voraussetzungen, als etwa Abschluss eines Geschäfts, Bereicherung, Delict, haben müsste. Nichts wäre unvereinbarer als ein exhibere oportere in der Intention und andrerseits ein blosses interesse als Activlegitimation. Auch wäre es mehr als befremdlich, dass ein iudex, der erkennen soll exhibere oportet, zum summatim cognoscere angewiesen sein sollte. Es kommt denn auch bezüglich der actio ad exh. keine Andeutung einer in der angegebenen Art bezeichneten Rechtspflicht in den Quellen vor. Denn wenn es heisst Ulp. l. 5 §. 1 h. t.:

> Inde Iulianus quaerit, quatenus hos oporteat exhibere —

und l. 11 §. 1:

> Quo autem loco rem exhiberi oporteat uel cuius sumptibus, uideamus —

so kann aus diesen die Modalität der Exhibition betreffenden Fragen natürlich nicht das Mindeste in jener Richtung geschlossen werden, da oportere in solchem Zusammenhang ganz gewöhnlich gleichbedeutend mit debere gebraucht wird[1]).

[1]) So auch l. 1 §. 1 de tab. exh.

Näherliegend könnte scheinen, aber ganz unmöglich ist nichts destoweniger eine intentio mit quidquid dare facere oportet etwa mit Vorausschickung der zur Exhibition verpflichtenden Sachlage in Form einer demonstratio. Eine solche intentio wäre nämlich ebenfalls ganz unvereinbar mit der condemnatio auf quanti ea res erit, welche doch den vollständig sichergestellten Ausgangspunct unserer Untersuchung bildet.

Da sich nun für unsere formula sowohl eine intentio in factum als auch eine intentio in ius concepta als unerfindlich erweist, so dürfen wir uns nicht scheuen, den Schluss zu ziehen, dass die formula ad exhibendum gar keine intentio im gewöhnlichen technischen Sinne gehabt hat. Ich bin überzeugt, dass Manchem, der bisher dem Gange der Untersuchung ohne wesentliche Bedenken gefolgt ist, die Sache jetzt anfängt bedenklich zu werden. Hoffentlich wird aber das auf den ersten Blick Befremdliche unseres Resultates dadurch zu beseitigen sein, dass einmal auch ohne intentio von uns eine Formel gewonnen wird, die Hand und Fuss hat und gerade in ihrer Eigenthümlichkeit einzig und allein und am Besten Licht wirft auf gewisse Sätze des Exhibitionsrechts. Ferner wird, nachdem das Vorige gelungen, auch der angebliche Satz: keine Formel ohne intentio — keinen unüberwindlichen Widerstand bieten. Ehe wir nunmehr in der Reconstruction unserer formula weiterschreiten, ist blos noch ein Einwand abzulehnen, welcher gegen unser Resultat etwa entnommen werden könnte aus der früher[1]) abgedruckten l. 30 de pecul. Der Ausspruch Ulpians wurde zu dem Nachweise benutzt, dass eine auf possidere gerichtete intentio in factum concepta nicht denkbar sei.

In dieser Stelle wird von der actio de peculio gesagt: intenditur enim recte u. s. w. und dann heisst es weiter: idem et circa ad exhibendum actionem et in rem actionem placuit u. s. w. Beweist nicht die Thatsache, dass also auch von

[1]) S. 18.

der actio ad exh. gesagt werden kann: 'intenditur u. s. w.', dass diese actio eine intentio gehabt hat?

Gewiss beweist sie, dass auch in unserer Klagformel gewisse rechtliche Voraussetzungen Ausdruck finden, deren Existenz im Momente der Litiscontestation Vorbedingung der Condemnation ist. Dass jener Ausdruck aber gerade in derjenigen Gestalt eines Formeltheils, welche wir im engsten technischen Sinne als intentio bezeichnen, erfolgt sein müsse, kann man aus obigem Zusammenhange um so weniger schliessen, als ja das 'intenditur' doch zunächst nur von der actio de peculio gebraucht wird. Der Hauptinhalt des von letzterer Klage Gesagten muss allerdings auch auf die actio ad exh. passen; dieser wesentliche Inhalt ist aber nur der Satz: die in der formula ad exh. bezeichneten rechtlichen Voraussetzungen des Klagrechts können zutreffen, auch wenn Beklagter im Momente der Litiscontestation nicht Besitzer war. Aber selbst, wenn man so schliessen wollte: in der formula ad exh. muss etwas vorgekommen sein, was intentio im engsten Sinne des Wortes genannt werden kann, — so wäre doch noch immer die Stelle kein Argument gegen das Resultat unserer bisherigen Untersuchung, da unsere formula, obwohl sie selbst keine intentio als selbständigen Formeltheil enthält, doch, wie im Folgenden dargethan werden soll, auf die intentio des iudicium directum ausdrückliche Beziehung nimmt.

§. 7.

Bezeichnung des iudicium directum.

Als Elemente für unsere Formelconstruction besitzen wir bis jetzt die condemnatio auf quanti ea res erit und die ihr vorausgeschickte Exhibitionsclausel. Zu einem dritten Constructionselemente zu gelangen sind Anhaltspuncte reichlich vorhanden sowohl directer als indirecter Beziehung. Wir gehen aus von denen der zweiten Kategorie. Schon dass wir zwei Mal der actio ad exh. ein 'directum iudicium', eine

'directa actio' entgegengestellt finden[1]), giebt uns einen Fingerzeig. Denn so verschieden die Bedeutung von 'directum' in der Sprache der römischen Juristen ist, so wird doch gewiss Niemand, wenn er liest, dass die Erörterung gewisser Einreden nicht in den Exhibitionsprocess gehört, sondern differendam in directum iudicium — oder dass von Jemandem, der einen beschädigten Sclaven exhibirt, gesagt werden könne: exhibuit et nihil impedit directam actionem talis exhibitio — etwa an den Gegensatz der directae et contrariae actiones denken, Niemand ferner etwa an den Gegensatz der actiones directae und utiles[2]).

Man wird vielmehr auf denjenigen engeren formellen Sinn des Ausdruckes 'directum' hingewiesen, in welchem derselbe die formale Beziehung einer Klagformel auf eine andere bezeichnet, wie sie z. B. namentlich bei den actiones ficticiae stattfindet[3]). Es kann also das iudicium directum der actio ad exh. diesen seinen Namen nur der Thatsache verdanken, dass in der Formel der letzteren Klage Bezug genommen worden ist auf ein anderes Rechtsmittel, eine zweite Klagformel. Von vorn herein lässt sich natürlich der Gedanke an eine fictionsweise Beziehung hierbei ablehnen.

Dem gegebenen Fingerzeige folgend stellen wir nun zunächst im Allgemeinen fest, dass auch materiell der Exhibitionsanspruch in ganz enger Beziehung steht zu einem zweiten von ihm verschiedenen Klagrechte.

Das ist nichts Neues und folgt vor Allem aus Ulp. l. 3 §. 11 h. t.:

> Si mecum fuerit actum ad exhibendum, ego ob hoc, quod conuentus sum ad exhibendum actione, agere ad exhibendum non possum, quamuis uideatur interesse mea ob

[1]) l. 3 §. 13. l. 17 h. t.

[2]) Wer wird die actio ad exh. etwa für eine analoge Ausdehnung der uindicatio oder noxalis actio über ihr ursprüngliches Gebiet halten? Und doch beruht es auf einer derartigen Anschauung, wenn man das 'directum iudicium' zu dem Beweise hat verwenden wollen, dass die actio ad exh. praetorischen Ursprungs sei. Dagegen schon Einert p. 80.

[3]) Gaius IIII, 34 sqq.

hoc, quod teneor ad restituendum. sed hoc non sufficit: alioquin et qui dolo fecit quo minus possideret poterit ad exhibendum agere, cum neque uindicaturus neque interdicturus sit, et fur uel raptor poterit: quod nequaquam uerum est. eleganter igitur definit Neratius iudicem ad exhibendum hactenus cognoscere, an iustam et probabilem causam habeat actionis, propter quam exhiberi sibi desideret.

Also der Erfolg des Exhibitionsanspruchs soll abhängig sein von der iusta et probabilis causa eines anderen Klagrechtes, nämlich der actio propter quam exhiberi sibi desideret. Der Richter soll prüfen nicht etwa nur im Allgemeinen, ob das Exhibitionsverlangen selbst eine solche causa habe, sondern in specie, ob eine andere ganz bestimmte actio genügend begründet sei[1]).

Lässt sich nun wohl annehmen, dass dem iudex diese actio, deren Begründung er beurtheilen soll, in der formula ad exh. nicht angegeben worden sei?

Zu ähnlicher Frage berechtigt l. 9 §. 5 h. t. Ulp.:

Quantum autem ad hanc actionem attinet, exhibere est in eadem causa praestare, in qua fuit, cum iudicium acciperetur, ut quis copiam rei habens possit exsequi actione quam destinauit in nullo causa[2]) quam intendit laesa, quamuis non de restituendo, sed de exhibendo agatur.

---

[1]) Es erscheint mir ziemlich merkwürdig, dass die iusta et probabilis causa der l. 3 § 11 öfters als unmittelbare causa der Exhibitionsklage verstanden wird, indem man propter quam auf causa bezieht, statt wie es richtig ist auf actionis. So Savigny, Besitz S. 414 (7. Ausg.), Keller, Pand. §. 381: „Der Kläger muss ein pecuniäres Interesse haben und dazu eine iusta causa (l. 3 §. 11). Diese liegt gewöhnlich in der Beziehung auf irgend eine andere Klage u. s. w.“ Müller, Instit. S. 440. Karlowa, Beiträge zur Gesch. des röm. CR. S. 92. Einert p. 157. Bühler p. 23. Donell. l. XX c. IX §. 6 am Ende und §. 7 am Anf. Haloander hat das ‘actionis’ nicht verstanden, sonst hätte er es nicht aus dem Texte streichen wollen, eine für ihn höchst characteristische Verschlimmbesserung.

[2]) Dass das ‘casu’ der Handschriften auf dem Wege der Conjecturalkritik abzuändern sei, haben schon Viele bemerkt (s. v. Vangerow III §. 707, 1), und es scheint auch nach dem Zusammenhange der Stelle ganz unzweifelhaft. Das ‘in nullo’ erschien dem Abschrei-

Der Richter soll in Vorweisung der Sache nur dann das die Condemnation abwendende exhibere finden, wenn diejenige actio, derentwegen auf Exhibition geklagt ist, in Folge der verzögerten Vorweisung nicht unwirksam geworden ist[1]). Soll nun dem Richter, fragen wir wieder, diese actio nicht bezeichnet worden sein? — die actio, durch welche eben die entscheidende causa intenditur?

Und nun vollends das in §. 6 Folgende:

> Proinde si post litem contestatam usu captum exhibeat, non uidetur exhibuisse, cum petitor intentionem suam perdiderit, et ideo absolui eum non oportere, nisi paratus sit repetita die intentionem suscipere, ita ut fructus secundum legem aestimentur.

Ob in Folge verzögerter Exhibition Kläger seine intentio verloren, z. B. das rem suam esse durch Usucapion — ferner zur Uebernahme welcher intentio 'repetita die' Beklagter zur Abwendung der Condemnation bereit sein muss — also gerade für den Angelpunct dieses ganzen Exhibitionsprocesses muss doch nothwendiger Weise dem iudex in der Formel ein Anhalt gegeben sein. Die Schätzung der Früchte ferner, und wenn es zur Condemnation kommt, die Bestimmung des quanti ea res, wie soll der Richter das Alles in seiner Abhängigkeit vom iudicium directum ermessen können, wenn ihm das letztere nicht bezeichnet ist? Bei der actio ad exh. kann 'ea res' niemals den Sachwerth bezeichnet haben; kein iudex kann z. B. wenn das iudicium directum eine confessoria war, angewiesen oder in Versuchung gewesen sein, in den Werth des Sachobjects zu condemniren. Wenn aber 'ea res' nicht

---

ber so kahl, dass er statt causa las oder wenigstens schrieb 'casu'. Was soll aber heissen actione in nullo casu laesa? Und ferner wäre Eines von Beiden, entweder das 'quam destinauit' oder das 'quam intendit' bei der Lesart casu unmöglich, während Beides handschriftlich feststeht. Also hilft die beregte Conjectur am Leichtesten. Illustrirt wird das 'causa in nullo laesa' auf's Beste durch §. 7 derselben Stelle: Quia tamen causa petitoria in hac actione restituitur. Vgl. auch §. 3 I. de off. iud. — Uebrigens ist das im Text der Stelle Entnommene ganz unabhängig von dieser Aenderung.

[1]) Ganz ebenso l. 17 h. t.

das letztere bezeichnet, so würde es ja ohne Bezeichnung des iud. dir. in der Formel vollständig in der Luft schweben.

Beweisend in unserm Sinne ist ferner l. 3 §. 13 Ulp.:

> Ibidem subiungit iudicem per arbitrium sibi ex hac actione commissum etiam exceptiones aestimare, quas possessor obicit, et si qua tam euidens sit, ut facile repellat agentem, debere possessorem absolui, si obscurior uel quae habeat altiorem quaestionem, differendam in directum iudicium re exhiberi iussa: de quibusdam tamen exceptionibus omni modo ipsum debere disceptare, qui ad exhibendum actione iudicat, ueluti pacti conuenti, doli mali, iurisiurandi reique iudicatae.

Dass es sich hier um Exceptionen handelt, welche der Exhibitionsbeklagte der directa actio entgegenzusetzen hat, liegt auf der Hand[1]), denn wie könnte sonst ein Unterschied gemacht werden zwischen solchen Exceptionen, die in's iud. dir. zu verschieben, und solchen, die schon im Exhibitorium zu behandeln seien?

Es ist leicht erklärlich, dass gewisse, der directa actio entgegenzusetzende Einreden auch schon von der Exhibition befreien. Denn hat der Richter nach der iusta et probabilis causa jener actio zu fragen, so kann für die Annahme einer solchen causa die Existenz stichhaltiger Einreden ebenso maassgebend sein, als die Existenz des Klaggrundes selbst[2]). Stehn der directa solche Einreden entgegen, so sagt der Richter: nihil interest exhiberi — und absolvirt. Mit Einem Worte: eine Einrede gegen die directa actio giebt unter Umständen zugleich eine Einwendung gegen die actio ad exhibendum.

Wenn nun Bethmann-Hollweg[3]) die Bemerkung macht: „Die Intentio (der actio ad exh.), die wir nicht ken-

---

[1]) In Irrthum befindet sich über diesen Punct Einert p. 141 sqq. Ebenso Bühler p. 40.

[2]) Hinsichtlich welcher Einreden das Gesagte zutrifft, darüber siehe unten §. 31.

[3]) R.CP. II S. 293.

nen, muss ihn (den iudex) dazu ermächtigt haben" (nämlich zur Berücksichtigung solcher Einreden) — so beruht das einerseits auf dem ganz richtigen Gedanken, dass irgend ein formaler Anhalt dem iudex gegeben sein musste. Andrerseits freilich wird die Annahme in den citirten Worten genügend widerlegt durch den Satz unserer Stelle: iudicem per arbitrium ex hac actione commissum etiam exceptiones aestimare u. s. w., aus welchen Worten gerade hervorgeht, dass die exceptiones nicht in der Formel der actio ad exh. vorkommen[1]).

Wir unsrerseits machen folgenden Schluss. Sind die Einreden gegen die actio directa unter Umständen zugleich Befreiungsgründe von der Exhibitionspflicht, so muss dem Richter diese actio directa bezeichnet sein. Sonst könnte er die Relevanz bezw. die Begründung dieser Einreden doch unmöglich in Betracht ziehen. Die einzelnen Einreden brauchen nicht in der Formel des Exhibitoriums ausgedrückt zu sein, ebensowenig als die iusta et probabilis causa — das Alles zu untersuchen ist Sache des committirten arbitrium, des summatim cognoscere. Er soll ja nicht über die actio directa und ihre Einreden einen Spruch thun, sondern nur zusehn, ob vermöge des schon jetzt zu gewinnenden Ueberblicks über die Sachlage ein interest exhiberi vorliege. Aber dass ihm für das Gewinnen dieses Ueberblicks nicht ein bestimmter Klaganspruch, nicht einmal die Sache, um deren Lage es sich handelt, angegeben worden sein sollte, das dürfte schwer zu begreifen sein.

Endlich ist auch eine schon oben[2]) benutzte Stelle l. 3 §. 14 h. t. hierher zu ziehen. Sie beweist nicht nur, dass unsere Klagformel keine auf das Interesse des Klägers gerichtete intentio hatte, sondern auch, dass dem 'quanti ea res erit' die bestimmte Angabe, auf welchen Klaganspruch

---

[1]) Richtig Rudorff II S. 109: „— die im arbitratus enthaltenen Einwendungen gegen die Exhibition (l. 3 §. 13 ad exh.) sind so wenig noch Exceptiones u. s. w."

[2]) S. 13 abgedruckt.

sich das behauptete Interesse gründe, in der Formel vorausgeschickt worden sein muss. Dem Manne, welchem wegen vorliegender aequitas exhibitionis actio in factum gegeben wird, warum hätte ihm actio ad exh. versagt, wenn nicht die ihm unter den Umständen des Falles fehlende uindicatio als iudicium directum hätte in der Formel bezeichnet werden müssen? Nur ein formelles Hinderniss kann bewirkt haben, dass die aequitas exhibendi eines solchen Umwegs bedurfte.

§. 8.

Fortsetzung.

Wir gelangen nun zur Behandlung einer Stelle, welche ex professo mit kurzen Worten klar und deutlich das ausspricht, was wir bisher durch Schlussfolgerungen andern Stellen zu entnehmen suchten. Es ist diess l. 3 pr. h. t. Ulp.:

> In hac actione actor omnia nosse debet et dicere argumenta rei de qua agitur.

Wenn irgendwo, so besteht darüber Einverständniss, dass die Worte 'argumenta rei de qua agitur' wiederzugeben sind durch: „Kennzeichen der zu exhibirenden Sache". So wenig nun daran zu zweifeln ist, dass auch bei der actio ad exh. genügende Bezeichnung der Sache, um die es sich handelt, im Sinne der l. 6 de R. U. ganz wie bei der uindicatio erforderlich ist — so muss doch meines Erachtens obige Stelle ganz anders verstanden werden, als sie bisher allseitig aufgefasst worden ist[1]).

---

[1]) Donell. Comm. l. XX c. IX §. 10 (XIII p. 70 ed. Bucher), dem Brinz (Pand. I S. 641 f.) folgt, benutzt die Stelle zu dem Nachweise, dass die Ermöglichung der designatio rei behufs der Vindication nicht Motiv der Anstellung der Exhibitionsklage sein könne, da letztere dieselbe designatio rei ihrerseits erfordere. Den Gedanken selbst halten auch wir für richtig auch ohne den aus unserer Stelle zu nehmenden Beweis. Andere haben in l. 3 pr. einen solchen Widerspruch mit jenem angeblichen Zwecke der actio ad exh. gefunden, dass man statt dicere lesen wollte discere; Einert p. 106 sqq. will dadurch helfen, dass er

Argumentum bedeutet nämlich gar nicht Kennzeichen oder Merkmal (ob eine Sache weiss oder schwarz, ob ein Sklave puer oder adolescens ist, l. 6 de R. U.), sondern ist immer ein ganz abstracter Begriff, ganz wie unser Fremdwort „Argument" und bezeichnet den logischen Grund, das Beweismittel, oder auch wohl den Inhalt, das Süjet. Hierfür genügt es sich auf die Lexika zu berufen[1]). Man hat zwar[2]) die sprachliche Schwierigkeit der bisherigen Deutung herausfühlend sich berufen auf Pomp. l. 34 §. 2 de auro leg.:

Quod si ita legasset uxori 'aurum quod eius causa paratum erit' tunc rectissime scribit Quintus Mucius, ut haec scriptura habeat in se et demonstrationem legati et argumentum: ideoque ipso iure alienata libra auri amplius quattuor pondo non remanebunt in obligatione, nec erit utendum distinctione, qua ex causa alienauerit testator.

Allein es braucht dagegen nur der Einsicht, dass hier argumentirt wird aus der Fassung des Legats mit 'paratum *erit*'. Mucius schreibt eben, dass aus den gebrauchten Worten Tragweite und Sinn des Legats, die Willensintention des Testators klar und zweifellos hervorgehe[3]).

Dicere argumenta rei de qua agitur bedeutet Bezeichnung des Exhibitionsgrundes, desjenigen Sachzusammenhangs, aus welchem der iudex zu ermessen hat, ob Kläger an der Vorweisung ein rechtliches Interesse hat und wie hoch es sich beläuft. Hierbei kommt es gar nicht darauf an, ob man argumentum mehr im Sinne von „Inhalt" oder von „Grund" fasst.

Die 'res de qua agitur' ist also nicht die zu exhibirende Sache, sondern gar nichts Anderes als die res in 'quanti

---

die l. 3 sich unmittelbar an l. 1 anschliessen lässt und die Worte 'in hac actione' auf die Vindication bezieht — gewiss unhaltbarer Weise, da es in l. 3 §. 2 heisst: praeterea in hac actione und hierbei zweifellos die actio ad exh. gemeint ist.

1) Klotz, Handw. ersetzt hier vollständig Forcellini.

2) Glück, Comment. XI S. 204 Anm. 17 im Anschluss an Aeltere.

3) Ganz überflüssig erscheint die Conjectur von Cuiacius augmentum für argumentum. S. auch Dirksen, man. s. h. u.

ea res erit', genau ferner dieselbe res, wie bei Gaius IIII, 40:

> Demonstratio est ea pars formulae, quae praecipue ideo inseritur, ut demonstretur res de qua agitur, uelut haec pars formulae QVOD AVLVS AGERIVS NVMERIO NEGIDIO HOMINEM VENDIDIT, item haec QVOD AVLVS AGERIVS (APVT) NVMERIVM NEGIDIVM HOMINEM DEPOSVIT.

Für unsere Auffassung der argumenta rei de qua agitur ist es doch gewiss höchst bezeichnend, dass Ulp. in §. 1 der l. 3 unmittelbar fortfährt:

> Qui ad exhibendum agit, non utique dominum se dicit nec debet ostendere, cum multae sint causae ad exhibendum agendi.

und dann erst in §. 2 mit 'Praeterea in hac actione notandum est' zu einem ganz neuen Gedanken übergeht. Da liegt es doch wohl nahe, dies argumenta dicere und die multae causae ad exhibendum agendi in inneren Zusammenhang zu bringen.

Und wenn man dann mit pr. §. 1 der l. 3 noch in Verbindung bringt, was Ulp. in §. 11 desselben Fragments referirt:

> Eleganter igitur definit Neratius iudicem ad exhibendum hactenus cognoscere, an iustam et probabilem causam habeat actionis, propter quam exhiberi sibi desideret —

so sehe ich nicht, wie dann noch ein Zweifel bestehen könne, dass es die argumenta rei de qua agitur sind, bezüglich deren der Richter zu entscheiden hat, ob iusta et probabilis causa vorliege.

Um so merkwürdiger, dass man von jeher[1]) bis jetzt nicht auf diesen Zusammenhang der Dinge gekommen ist.

Haben wir nun bezüglich des Sinnes von argumenta rei

---

[1]) Schon die Basiliken XV, 4, 3 t. II p. 173 Heimb. geben argumenta wieder durch γνωρίσματα. Wer wird sich wundern, dass die Byzantiner keine Idee haben von einer immateriellen res de qua agitur?

das Richtige getroffen, so fehlt nur noch Eins, um behaupten zu können, dass Ulp. in l. 3 pr. geradezu unsern Satz ausspricht, den Satz nämlich, Angabe des iudicium directum gehöre in die formula ad exhibendum. Dieses Eine, nämlich der Nachweis, dass 'dicere' sowohl im pr. als auch im §. 1 nicht ein blosses Anführen etwa in iudicio bedeutet, sondern vielmehr ein Behaupten, ein sich Zuschreiben in der Klagformel, ein intendere oder demonstrare in dieser letzteren — dieser Nachweis lässt sich leicht beschaffen.

Allerdings hat nämlich 'dicere' in der Sprache der Pandectenjuristen ganz dieselbe weite Bedeutung wie sonst. Allein wo das 'dicere' als eine Voraussetzung der Klage, als eine processualische Pflicht des Klägers bezeichnet wird, da kann es füglich nicht jene allgemeine Bedeutung haben, sondern sich nur auf die entscheidenden, die Streitlage constituirenden Anführungen beziehn, mithin im Formularprocess auf ein processualisches Behaupten in der Klagformel. Von der Richtigkeit dieser Folgerung wird man sich leicht überzeugen beim Durchlesen von Stellen wie Paul. l. 6 de R. U. Ulp. l. 19 de furt. Paul. in Mos. et Rom. leg. collat. II, 6 §. 1—5.

Wenn man diese Stellen[1]) liest und darauf unsere l. 3 pr.

[1]) Diese Bedeutung von dicere ist in den juristischen Lexicis nicht gehörig gewürdigt. Vgl. noch weiter l. 73 de R. U. l. 2 §. 1 de exc. dol. Gai. IIII, 177 u. v. a. In l. 7 §. 2 de her. pet. steht 'praedicatur' für das Einfügen einer praescriptio. Auch sonst geht, wo der Verhandlung eine Schrift zu Grunde gelegt wird, 'dicere debere' auf die Aufnahme einer Angabe in die Schrift fragm. Vat. §. 210. l. 3 de accusat. Ganz anders als in den oben angeführten Stellen wird geredet, wo Kläger eine Thatsache nicht für die Formel, sondern nur für das Endresultat des Processes in's Auge zu fassen hat Gai. l. 36 de R. U.: Qui petitorio iudicio utitur, *ne frustra experiatur*, *requirere debet*, an is cum quo instituat actionem, possessor sit uel dolo desiit possidere.

Auch für das 'actor omnia *nosse* debet' der l. 3 §. 1 ad exh. findet sich eine bezeichnende Parallele. Nachdem Ulp. l. 15 §. 3 de dolo gesagt: In hac actione designare oportet, cuius dolo factum sit, quamuis in metu non sit necesse — fährt l. 16 cod. Paul. fort: Item exigit Praetor, ut *comprehendatur*, quid dolo malo factum sit: *scire* enim debet actor, in qua re circumscriptus sit, nec in tanto crimine uagari.

§. 1, so wird schwerlich über den Sinn des 'dicere' in der letzteren ein Zweifel bleiben, zumal die Nothwendigkeit, dasjenige, was wir unter argumenta rei verstehen müssen, in die formula zu inseriren schon im vorigen §. wohl genügend nachgewiesen worden ist.

Als Resultat unserer Erörterung steht also nunmehr fest, dass die formula ad exh. eine Bezeichnung des iudicium directum enthalten hat. In welchem Gedankenzusammenhange, in welchem Formeltheile? Die Antwort ist leicht. Eine das iud. dir. enthaltende intentio des exhibitorium ist ganz undenkbar, schon weil die act. ad exh. jedenfalls personalis actio[1]), in personam actio[2]) ist, wofür die Berufung auf die citirten Stellen einstweilen genügen mag. Es wird wohl ohnehin Niemand einfallen zu behaupten, die actio ad exh. und die uindicatio hätten die gleiche intentio gehabt.

Das iudicium directum muss daher gelegentlich der Bezeichnung des körperlichen Streitgegenstandes als in Bezug auf denselben vom Exhibitionskläger intendirt ausgedrückt worden sein, etwa in folgender Weise:

Hominem Stichum, quem A^s. A^s. uindicaturus est[3]), q. d. r. a., nisi N^s. N^s. A^o. A^o. arbitratu tuo exhibeat, quanti ea res erit, tantam pecuniam N^m. N^m. A^o. A^o. cond. s. n. p. a.

Beleuchtung und Unterstützung wird die gefundene Formelconstruction noch durch manchen Satz des Exhibitionsrechts erhalten im weiteren Laufe unserer Erörterung. Zunächst mögen aber noch einige specielle Betrachtungen über Zusammensetzung und Eigenthümlichkeit der formula ad exhibendum folgen.

---

[1]) l. 3 §. 3 h. t.

[2]) §. 31 I. de action.

[3]) Oder etwa: suum esse petiturus est. Wir denken uns hier als iudicium directum die Vindication eines Sclaven.

§. 9.

Einzelnes.

1. Um mit ganz Aeusserlichem zu beginnen, so könnte es scheinen, dass das 'si non paret abs.' in der Luft stehe, da kein 'si paret' vorausgeht. Die Grundlosigkeit dieses Bedenkens folgt daraus, dass die Sache ganz ebenso steht bei Gai. IIII, 47[1]:

IVDEX ESTO. QVOD AVLVS AGERIVS APVT NVMERIVM NEGIDIVM MENSAM ARGENTEAM DEPOSVIT, QVA DE RE AGITVR, QVIDQVID OB EAM REM NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA, EIVS IVDEX NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO CONDEMNATO, NISI RESTITVAT, SI NON PARET, ABSOLVITO.

2. Eben diese von Gaius überlieferte Formel beweist auch, dass wir das 'qua de re agitur' an die richtige Stelle gesetzt haben. Die Worte Huschke's[2]: „Hier fasst nämlich das Q. D. R. A. die ganze demonstratio zusammen und will davor bewahren, OB EAM REM nicht etwa auf argentea mensa zu beziehen" — sind ganz für unsere formula ad exh. geschrieben, wenn man für O. E. R. setzt EA RES und für argentea mensa: homo Stichus[3]).

3. Dass das directum iudicium als ein zukünftiges bezeichnet wird (quem A[s]. A[s]. suum esse petiturus est — nicht suum esse petit), folgt, ganz abgesehen von den Andeutungen der Quellen[4]), mit Sicherheit daraus, dass die durch actio ad

---

[1]) Auch wenn die Conjectur von Huschke, welcher schreibt DARE FACERE PARET OPORTERE das Richtige treffen sollte, bliebe doch die Incongruenz bestehn.

[2]) Gaius S. 222.

[3]) Darüber, dass die Designation des iud. directum in unserer Formel auch den Namen demonstratio verdient, siehe gleich unten Nr. 4.

[4]) l. 3 §. 3 h. t. — ei competit, qui in rem *acturus* est — §. 4 Sed et usumfructum *petituro* — §. 5 Sed et si quis *interdicturus* rem exhiberi desideret — §. 11 cum neque *uindicaturus* neque *interdicturus sit*. l. 2 §. 1 expil. hered. — ad exhibendum agi posse, si qui *uindicaturus* exhiberi desideret.

exh. zu erzwingende Exhibition zuweilen die Vindication erst ermöglichen soll, d. h. mit anderen Worten, dass in solchen Fällen eine Bezeichnung der actio directa als gegenwärtiges Klagrecht gar nicht zutreffen würde. So ist es z. B. im Falle der l. 3 §. 10 h. t. und wird von Ulp. eindringlich auseinander gesetzt:

Plus dicit Iulianus, etsi uindicationem non habeam, interim me posse agere ad exhibendum, quia mea interest exhiberi: ut puta si mihi seruus legatus sit quem Titius optasset: agam enim ad exhibendum, quia mea interest exhiberi, ut Titius optet et sic uindicem, quamuis exhibitum ego optare non possim[1]).

Es bietet sich auch eine ganz analoge Gestaltung dar in der wegen alienatio iudicii mutandi causa facta gegebenen Formel. Den Edictsworten QVAEVE ALIENATIO IVDICII MVTANNDI CAVSA FACTA ERIT fügt Paul. l. 8 §. 1 h. t. die Bemerkung hinzu:

id est si futuri iudicii causa, non eius quod iam sit.

Und da nun die Klage geht auf quanti nostra intersit alium aduersarium nos non habuisse (Gai. l. 1 pr. h. t.), für die Condemnation demgemäss natürlich der Inhalt des futurum iudicium entscheidend in Betracht kommt, so hat Rudorff[2]) unseres Erachtens ganz richtig jenen Inhalt in die Formel der actio propter alienationem aufgenommen und zwar in auf die Zukunft gestellter Fassung; natürlich aber erscheint, da es sich um eine actio in factum concepta handelt, diesfalls die Angabe der futura actio als Theil der intentio.

Wie schon oben angedeutet, giebt gerade das Erscheinen des directum iudicium als *futurum* iudicium in der formula ad exh. den Schlüssel zur Erklärung einer Function unseres Rechtsmittels, welche bisher als ziemlich räthselhaft anerkannt wird. Diese Erklärung ist aber erst weiter unten an ihrem Platze.

---

1) Einstweilen vergl. auch l. 3 §. 6. 7. l. 20 h. t.

2) Zeitschr. f. RG. IIII S. 106. Ed. perp. §. 45.

4. Unverkennbar hat nach unserer Construction die actio ad exh. mit den übrigen Civilklagen auf incertum das gemein, dass wie bei letzteren in dem 'quidquid ob eam rem dare facere oportet' zugleich Voraussetzung und Maass der Verurtheilung gegeben ist, so bei ersterer in dem 'quanti ea res erit'. In letzteren Worten liegt nämlich, wie schon früher entwickelt wurde, zugleich auch die Anweisung zu prüfen, ob überhaupt ein hinreichendes Interesse an der Exhibition beim Kläger vorhanden ist[1]).

Hierin liegt auch zugleich die Abweisung des Einwandes, dass unsere Formel wegen Mangels einer intentio undenkbar sei. In der That liegt nämlich in dem 'quanti ea res erit' eben so gut ein 'si paret', als in dem 'quidquid d. f. oportet ob eam rem'. Dass aber nun erstere Clausel (quanti e. r. e.) deswegen nicht den Namen einer intentio im Sinne von Gai. IIII, 41 verdient und jemals erhalten hat, ist ebenso wahr, als ungeeignet, uns irgend Zweifel zu verursachen. Zwar wird allgemein[2]) behauptet, es gebe gar keine Formel ohne intentio. Allein dieser Satz steht nirgends geschrieben. Gai. IIII, 44:

> demonstratio autem et adiudicatio et condemnatio numquam solae inueniuntur: nihil (enim) omnino sine intentione uel condemnatione ualet.

Betrachten wir zunächst diese Sätze, so sagt Gaius, mag man das 'omnino' beibehalten oder mit Mehreren[3]) lesen 'nihil enim demonstratio', jedenfalls, dass jede Formel eine intentio oder[4]) eine condemnatio nothwendig haben muss,

---

[1]) „Hier mischen sich Rechtsbehauptung und Rechtsfolge, Bedingung und Maass der Condemnation", Keller CPr. S. 160 n. 444.

[2]) Keller S. 166. Bethmann-Hollweg II S. 218. Rudorff II S. 101.

[3]) Bremer, Rhein. Mus. f. Philol. N. F. 1860 S. 484—488. Bluhme, Zeitschr. f. RG. III S. 457. Bethmann-Hollweg II S. 229 Anm. 52.

[4]) Copulativ kann 'uel' unmöglich verstanden werden; sonst sagte der gleich folgende Theil der Stelle etwas entschieden Falsches, nämlich dass zu einer condemnatio immer demonstratio und intentio gehöre.

keineswegs aber, dass immer eine intentio vorhanden sein müsse. Der zweite Theil der Stelle:

item condemnatio sine demonstratione uel intentione uel adiudicatione nullas uires habet, et ob id numquam solae inueniuntur —

sagt aber ebenfalls ganz deutlich, dass zu einer condemnatio immer eine intentio oder[1]) demonstratio gehört; die Worte 'uel adiudicatione', welche Manche[2]) an ihrer Stelle für nicht haltbar erklären, können hierbei ganz aus dem Spiele bleiben. Nur wenn man die Worte 'demonstratione uel' aus dem Texte — ich sehe nicht mit welchem Schein von Grunde[3]) — hinauswerfen wollte, würde jener Satz: „keine Formel ohne intentio" beglaubigt, oder vielmehr in die Stelle hineinpräparirt sein.

Was sind nun das für Fälle, wo eine nach Gaius mögliche auf demonstratio und condemnatio beschränkte Formel vorkommt? Man könnte zur Beantwortung dieser Frage daran denken, dass der Name intentio bei der actio in factum concepta für das si paret u. s. w. nach Gaius IIII, 41 eigentlich nicht passt[4]) und von demselben auch nicht[5]) oder doch nur mit Reserve[6]) gebraucht wird; so würde dann in obiger Stelle die actio in factum concepta als aus demonstratio und condemnatio bestehend gemeint sein.

Dagegen spricht indessen, dass auch der Name demonstratio für die Angabe des Factums bei der actio in factum concepta nicht gebraucht wird[7]).

Ein ganz passendes Beispiel für eine Formel, welche aus demonstratio und condemnatio besteht, gewährt aber die formula ad exhibendum, wie sie sich als Resultat bisheriger Unter-

---

1) Siehe die vorige Anm.
2) S. Bluhme a. a. O. S. 458.
3) S. auch Bluhme a. a. O. Bremer a. a. O. S. 485.
4) Keller S. 160.
5) Gai. IIII, 46.
6) Gai. IIII, 60.
7) Gai. IIII, 60.

suchung herausgestellt hat. Denn obwohl sämmtliche von Gaius angegebene Beispiele einer demonstratio mit dem Worte quod beginnende, eine in der Vergangenheit liegende Thätigkeit des Klägers bezeichnende Sätze sind[1]), so giebt doch Gaius nur Beispiele[2]), und seine Definition: demonstratio est ea pars formulae quae praecipue ideo inseritur, ut demonstretur res de qua agitur — passt doch gewiss auch auf die Worte unseres iudicium: hominem Stichum quem A^s. A^s. suum esse petiturus est, welche eben enthalten die Bezeichnung der res de qua agitur[3]).

5. Das Fehlen einer intentio in der formula ad exh. ist aber weiterhin gerade für dieselbe und den durch sie ausgedrückten Klaganspruch in hohem Maasse characteristisch. Die „Verbindung von iudicium und arbitrium in einer Formula ist es, was den Begriff einer arbitraria actio ausmacht", lehrt Keller[4]); ebenso Rudorff[5]): „arbitraria actio ist eine Formel, welche aus einem iudicium in der intentio und einem arbitrium in der condemnatio zusammengesetzt ist". Diese allgemeinen Sätze bewähren sich der formula ad exhibendum gegenüber nicht; sie ist vielmehr nur arbitrium, reines arbitrium ohne vorausgehendes iudicium, ohne deductio in iudicium des dem Exhibitionsverlangen als actio directa zu Grunde liegenden Klagerechtes. Dieses in der Formel als futurum iudicium erscheinende Klagrecht soll ja nur den Gesichtspunct geben für den Anschlag des quanti ea res erit. Der iussus ad exhibendum erscheint gar nicht als Consequenz eines durchgeführten klägerischen Rechtes, sondern lediglich als vorläufige Maassregel zur künftigen Verfolgung eines solchen. Deshalb, weil die actio ad exh. nur arbitrium ist, gilt nicht von ihr, „dass hier nicht in demselben Umfange

---

[1]) S. Jhering, G. d. R. R. (2. Aufl.) S. 595. 605 Anm.

[2]) Gai. IIII, 40 — uelut haec pars formulae QVOD rell.

[3]) Siehe darüber oben den Inhalt des §. 8.

[4]) §. 28. Gegen diese Ausdrucksweise Bethmann-Hollweg II S. 240 Anm. 9.

[5]) II §. 42.

wie bei den bonae fidei actiones die Grundsätze der aequitas zur Anwendung kommen, sondern nach Maassgabe des arbitrium in der formula nur in Bezug auf die Leistung, und zwar nicht rücksichtlich ihrer Bedingungen, die in der Intentio ausgesprochen sind, sondern rücksichtlich des Objects derselben"[1]). Vielmehr beruht bei der formula ad exhibendum Alles auf der aequitas exhibendi. Die aequitas ist der Grund der Exhibitionspflicht[2]). Deshalb soll der iudex auch die vom Beklagten vorgeschützten exceptiones aestimare *per arbitrium sibi ex hac actione commissum.* Deshalb auch das blosse summatim cognoscere als Vorbedingung des arbitratus. Gerade das summatim cognoscere eines *iudex* ist ja auch etwas der actio ad exh. ganz Specifisches[3]).

Da die formula ad exh. keine intentio hat, so kann es natürlich nach ihr nicht zu einer pronuntiatio im bekannten technischen Sinne kommen. Durch die Nichterforderlichkeit und Nichtmöglichkeit einer solchen erhält der Exhibitionsprocess diejenige Geschmeidigkeit und Freiheit von Formalismus,

---

[1]) Bethmann-Hollweg II S. 293.

[2]) l. 3 §. 14 h. t.: Interdum aequitas exhibitionis efficit, ut quamuis ad exhibendum agi non possit, in factum tamen actio detur.

[3]) Sonst kommt es immer nur von Seiten eines magistratus vor; siehe die bei Briegleb, summatim cognoscere quid et quale fuerit ap. Rom. disputatio und Einleitung in die Theorie der summar. Proc. §. 53—64 abgedruckten und behandelten Stellen. Ueber l. 5 pr. §. 8. 9 de agn. lib. vgl. Savigny, Zeitschr. f. gesch. RW. VI S. 238 Anm. 1. und Bethmann-Hollweg II S. 764. Irrig versteht Muther, Sequestration S. 172. das summatim cognoscere et restituere iubere in l. 3 §. 9 h. t. vom Magistrate. Für wen eine formula ad exh. existirt, für den bedarf diese Auffassung keiner Widerlegung. Wenn, worauf sich übrigens M. nicht beruft, einmal das Ertheilen der Formel durch den Magistrat als ein Exhibitionsbefehl desselben bezeichnet wird c. 1 ad exh., so ist dies wohl dadurch zu erklären, dass diese Ertheilung gewiss häufig den Impetraten zur freiwilligen Exhibition bewogen haben wird. Auch kann man in unsrer Formel in der That einen indirecten Befehl zur Exhibition erblicken. In der c. 2 von demselben Kaiser Alexander heisst es denn auch genauer: per ad exhibendum actionem produci a domino u. s. w. Richtig verstehen c. 1 die Basiliken XV, 4, 21 — *κρυπτομένης (τῆς δούλης) δέ, τὴν περὶ ἀποκρυβέντος πράγματος παραστατικήν.*

welche die actio ad exh. zu einem, wie wir später sehen werden, so wichtigen Gliede des Klagensystems machen[1]).

§. 10.

Fortsetzung.

6. Wir haben oben bei Ermittlung der condemnatio unserer Klage angenommen, dass das arbitrium iudicis immer gegangen sei auf exhibere, die Formel also immer die Clausel enthalten habe: 'nisi exhibeat'. Nun tritt aber bei Lesung unseres Pandectentitels hervor, dass mehr als einmal ein restituere als Resultat der actio, als Abwendungsmittel der Condemnation bezeichnet wird[2]); einmal scheint sogar direct auf die Worte der Formel hingewiesen zu sein, wenn es heisst: debere condemnari nisi restituat[3]). So hat denn auch Brinz[4]) angenommen, dass die formula ad exh. zuweilen mit der Clausel 'nisi restituat' versehen gewesen wäre, zuweilen aber auch mit 'nisi exhibeat' — so dass zwei verschiedene Formulare für zwei verschiedene Classen von Fällen bestanden hätten.

Eine Widerlegung dieser Anschauung wird sich erst vollständig geben lassen nach Entwickelung der verschiedenen Functionen unseres Rechtsmittels, indem nachzuweisen ist, dass für jede derselben die einheitliche von uns gefundene

---

[1]) In c. 3 ad exh. von Alexander bedeuten die Worte: quod aliquando aduersus te ad exhibendum actione aliter pronuntiatum est — wie ganz gewöhnlich — das richterliche Urtheil überhaupt, das Processresultat im Allgemeinen. So heisst es in l. 5 §. 9 de agnosc. lib. vom Magistrat (s. vorige Anm.), dass er nach summatim cognoscere pronuntiat ali debere.

[2]) l. 5 §. 2. 6. l. 7 §. 3—7 h. t. In l. 7 §. 7 will Römer, das Erlöschen des kläg. Rechts S. 77, das interesse rem restitui nicht auf das Interesse an der Exhibition, sondern auf das Interesse am restituere des iudicium directum verstehn. Das erscheint nach der Stelle in den vorhergehenden §§., wo immer restituere für exhibere gebraucht wird, als unzulässig. Ueber die Entscheidung selbst siehe unten.

[3]) l. 7 §. 4 cit.

[4]) Pand. §. 209 I S. 462f.

Formel vollständig passt. Einstweilen nur Folgendes. Einmal wäre es doch, einen Wechsel in der Formulirung, wie ihn Brinz annimmt, vorausgesetzt, kaum erklärlich, dass eine solche Zwitterklage gerade actio *ad exhibendum* heisst. Ferner fehlt es auch nicht an einer genügenden Erklärung, wie es kommt, dass der Pandectenjurist zuweilen den weniger genauen, allgemeinen Ausdruck restituere statt des specieller passenden exhibere gebraucht. Auf restituere lautet nämlich die grosse Masse der arbiträren Klagen, mag es sich nun handeln um Herausgabe einer dem Kläger gehörigen Sache, um Dulden bezw. Sichenthalten einer Servitut, um Beseitigung von Bodenvorrichtungen, Ersatz eines angerichteten Schadens, Erfüllung mancher Contracte [1]). Es lag daher nahe, bei allen arbitrariae actiones, also auch bei der actio ad exh. die Leistung des Beklagten zur Abwendung der Condemnation, das Befolgen des arbitratus als restituere zu bezeichnen [2]).

Dass das exhibere, auf welches die meisten Stellen das arbitrium bei der act. ad exh. gehn lassen, nicht blos regelmässig, sondern ausschliesslich hinter dem nisi der Clausel gestanden hat, geht mit voller Sicherheit hervor aus l. 9 §. 5 h. t. von Ulp. [3]). Hier wird erklärt, dass die actio ad exh. zu einem praestare causam führen könne, was in den folgenden §§. noch weiter ausgeführt und als restituere causam bezeichnet wird [4]). Am Schlusse des §. 5 heisst es dann:

quamuis non de restituendo, sed de exhibendo agatur.

Dies ist nun Brinz in dem Sinne aufzufassen geneigt,

---

[1]) Bethmann-Hollweg II S. 289.

[2]) Auch bezüglich des interdictum de liberis exhibendis heisst es l. 1 §. 2 h. t.: In hoc interdicto praetor non admittit causam, cur apud eum sit is, qui exhiberi debet, — sed omnimodo *restituendum* putavit, si in potestate est. Hier wird doch wohl schwerlich Jemand der Meinung sein, es habe im Interdicte nicht 'exhibeas' sondern 'restituas' gestanden. Einen besonderen Grund für Identificirung der restituendi und exhibendi facultas siehe auch noch unten §. 33.

[3]) Abgedruckt S. 28.

[4]) §. 7 ibid.: Quia tamen causa petitori in hac actione restituitur rell.

dass Ulp. sage: auch wenn die actio nur auf exhibere, nicht auf restituere gehe, müsse obiges Princip gelten. Allein Ulp. sagt: obwohl die actio nicht auf restituere, sondern auf exhibere geht, gilt die Regel. Der Jurist will zeigen[1]), dass das exhibere unter Umständen ein restituere in sich schliesst. Brinz sagt: „In ihrem Ausgange überschreitet unsere Klage zuweilen ihrer Definition, indem sie nicht nur Exhibition, sondern Restitution und zwar sammt causa rei mit sich führt, also die anderweite Klage nicht blos vorbereitet, sondern erlediget. Ohne entsprechendes Klagformular können wir uns das für den classischen Process nicht denken."

Unsere Stelle sagt aber selbst nach der Auffassung von Br., dass das praestare causam stattfinde, wenn exhibere in der Formel steht; und mit der von uns gewonnenen Klagformel in der Hand werden wir uns leicht genug auch in dieser Beziehung zurecht finden. Die ganze Erörterung Ulpians soll eben nachweisen, dass auch in solchen Fällen, in denen es zum restituere causam kommt, doch der Begriff des exhibere wohlverstanden nicht überschritten wird. Und das könnten wir uns im Nothfalle auch selbst sagen. Heisst es doch, dass bei allen arbitrariae actiones, also auch der actio ad exh.

> permittitur iudici ex bono et aequo secundum cuiusque rei de qua actum est naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.

Also: was in concreto zum exhibere gehört, was Beklagter leisten muss, um exhibirt zu haben, ist Sache ganz freien arbiträren Ermessens. Wenn nun der iudex sagt: zum exhibere gehört, dass nicht durch Verspätung der Vorweisung Kläger um sein Klagrecht kommt, dass vielmehr in eadem causa exhibirt werden müsse, so liegt darin gewiss keinen Falls ein Ueberschreiten des Begriffs[2]). Und wenn Beklag-

---

[1]) §. 5—8 der Stelle.

[2]) Wie zum exhibere von Sachen das 'in eadem causa' gehört, so auch zum exhibere = sistere von Sclaven bei Noxalklagen l. 1 si ex nox. caus.

ter nicht exhibirt, dass dann ebenfalls der Richter es ganz in der Hand hat, auf ebensoviel zu condemniren, als bei verweigerter Restitution nach siegreich durchgeführter uindicatio, das liegt eben im 'quanti ea res erit' der Formel.

7. Nach einer Seite hin bleibt Erörterung unserer formula ad exh. noch übrig. Ist sie actio in rem oder actio in personam [1])? Donell's [2]) „beredte Einwendungen" halten uns ebensowenig ab, als Brinz [3]) und fast alle übrigen Rechtslehrer, die actio ad exh. für eine actio in personam und somit die Verpflichtung zur Exhibition für eine Obligation zu erklären. Zwar die 'aequitas exhibitionis' [4]) kann uns dazu nicht bewegen, wie Glück und Brinz. Denn die aequitas spielt auch bei actiones in rem ihre Rolle [5]).

Auch l. 3 §. 3 h. t., in welcher Stelle unsere Klage als personalis actio von Ulpian erklärt wird, lassen wir einstweilen bei Seite. Wie muss man sich nach der gewonnenen Formel, fragen wir, entscheiden?

Wenn wir zu Grunde legten Gai. IIII, 2 [6]):

> In personam actio est, qua agimus, quotiens cum aliquo qui nobis uel ex contractu uel ex delicto obligatus est (contendimus), id est cum intendimus DARE FACERE PRAESTARE OPORTERE —

so könnten wir unsere actio freilich nicht eine actio in personam nennen. Allein wo bliebe, hielte man an dem in der Stelle angegebenen Requisite fest, die grosse Zahl der persönlichen actiones in factum conceptae, an deren Qualität als actiones in personam doch Niemand zweifelt.

Erweitern wir nun den Kreis der letzteren Klagen dadurch, dass wir auch diejenigen Formeln in denselben

---

[1]) Ueber die Literatur dieser Frage vgl. Glück IX S. 189. Einert §. 20 sqq. Bühler S. 16 ff.

[2]) Comment. l. XX c. IX §. 2 sqq.

[3]) a. a. O. S. 460.

[4]) l. 3 §. 14 h. t. c. 7 h. t.

[5]) l. 17 de Publiciana. l. 17 pr. l. 21. 72 de R. U.

[6]) Die zweifelhaften Lesarten können für die Frage auf sich beruhen bleiben.

ziehen, in deren intentio zwar kein dare facere praestare oportere, aber doch ein Geschäft oder Delict von obligatorischer Wirkung erscheint — so gewinnen wir als gemeinsames Erforderniss aller actiones in personam, dass in der intentio die Person des Verpflichteten genannt werde. Aber auch dann immer noch wäre die actio ad exh. keine actio in personam; denn sie entbehrt ja einer intentio als Formelbestandtheil, der Name des in Anspruch Genommenen erscheint erst in der condemnatio oder doch in der derselben unmittelbar vorhergehenden Exhibitionsclausel. Wer den Gegensatz der in rem und in personam actiones auf den Inhalt der intentio stellen will, der muss consequent sagen: die actio ad exh. ist keins von beiden. Soll aber der Gegensatz der beiden Klagarten erschöpfend durchgeführt werden — und die römischen Juristen gehn darauf aus[1]) — so ist der Kreis der actiones in personam noch weiter zu ziehen, und dann entscheidet unseres Erachtens bezüglich der actio ad exh. Folgendes.

Allen actiones in rem ist wesentlich, dass es bei ihnen zur pronuntiatio über die Existenz des in iudicium deducirten Rechtsverhältnisses kommt[2]). Nur wo sich, wie beim Grundtypus der in rem actiones, der formula petitoria, unterscheiden lässt zwischen der auf die Existenz des klägerischen Rechts gerichteten Sentenz einerseits und der daraus abzuleitenden Restitutionsverbindlichkeit andrerseits, kann die Rede sein von 'in rem agere'. Eine solche Unterscheidung ist aber für die actio ad exh. unmöglich; dass es zu einer pronuntiatio über das klägerische Recht nicht kommen kann und soll, haben wir oben als characteristisch für die Natur unserer Klage erkannt. Die Verpflichtung zu exhibiren beruht lediglich auf dem Zusammentreffen zweier Thatsachen, nämlich einerseits des Bevorstehens des directum iudicium, andrerseits der facultas exhibendi. Abgesehn von der Constatirung der letzteren, welche Constatirung doch Niemand als

---

[1]) Keller, R. CPr. §. 87 S. 382.

[2]) Bethmann-Hollweg II S. 239f. Wetzell, Vindicationsprocess S. 108f.

Object einer pronuntiatio in obigem Sinne betrachten wird, ist der iudex ad exhibendum ein blosser Schätzmann des quanti ea res erit. Schon weil die actio ad exhibendum ein blosses, reines arbitrium ist, muss sie für eine in personam actio erklärt werden.

Wir können nicht wissen, müssen aber annehmen, dass ohngefähr solche Erwägungen zu Grunde liegen dem Ausspruche von Ulp. l. 3 §. 3 h. t.:

Est autem personalis haec actio et ei competit qui in rem acturus est qualicumque in rem actione rell.

Die Versuche Donell's, das Wort 'personalis' anders zu erklären als im Sinne von in personam actio, sind längst genügend zurückgewiesen[1]). Beachten wir lieber den Umstand, dass Ulpian die Eigenschaft als personalis actio besonders hervorzuheben sich veranlasst findet, woraus sich schliessen lässt, dass gerade die actio ad exh. zu den Klagen gehörte, welche zu Zweifeln bezüglich ihrer Classificirung Anlass gegeben haben[2]). Unter diesem Gesichtspuncte erhalten Interesse zwei Stellen, welche übrigens neben obigem Ausspruche Ulpian's als Beweismittel für die persönliche Qualität der Klage herbeigezogen werden können. Zunächst Gai. IIII, 51:

Diuersa est, quae infinita est[3]), uelut si rem aliquam a possidente nostram esse petamus, id est, si in rem agamus uel ad exhibendum; nam illic ita est rell.[4]).

Zweierlei fällt in's Auge: 1) Mit dem 'in rem agere' ist das 'ad exhibendum agere' gemeinsam unter denselben Begriff des 'nostram esse petere' gebracht. Enthält nun die actio ad exhibendum ein rem nostram esse petere, so scheint sie doch eine in rem actio zu sein! Gewiss hätte Donell diese Stelle, wäre sie ihm bekannt gewesen, als Beweismittel für seine Ansicht herbeiziehen mögen.

2) Andrerseits spricht aber doch die Ausdrucksweise der

---

[1]) Einert §. 20 sucht Donell in diesem Puncte zu vertheidigen.
[2]) S. auch Keller §. 87 n. 1092.
[3]) scil. condemnatio.
[4]) S. oben S. 9.

Stelle wiederum für die Qualität unserer Klage als in personam actio. Unter 'in rem agere' ist nämlich zweifellos die uindicatio zu verstehn. Würde nun, fragt man mit Fug, der Jurist die uindicatio als in rem actio schlechthin bezeichnen, wenn ihm die actio ad exhibendum ebenfalls in rem actio wäre?

Für uns macht nun der anscheinende Widerspruch zwischen den Schlüssen 1) und 2) gar keine Schwierigkeit. Wir wissen nämlich, dass in die formula ad exhibendum[1]) das rem nostram esse petere wenn auch nur als futurum iudicium wirklich inserirt wurde, und lassen uns durch die somit ganz erklärliche enge Zusammenstellung mit der uindicatio nicht im Mindesten abhalten, die oben unter 2) ausgesprochene Consequenz zu ziehn und somit in der Stelle des Gaius eine Unterstützung für die persönliche Natur unseres Rechtsmittels zu finden[2]).

Die zweite hierher gehörige Stelle ist §. 31 I. de act. Nach Angabe des Wesens der actiones arbitrariae fahren die Institutionenverfasser fort:

> sed istae actiones tam in rem quam in personam inueniuntur. in rem ueluti Publiciana, Seruiana de rebus coloni, quasi Seruiana, quae etiam hypothecaria uocatur. in personam ueluti quibus de eo agitur, quod aut metus causa aut dolo malo factum est, item qua id, quod certo loco promissum est, petitur. ad exhibendum quoque actio ex arbitrio iudicis pendet. in his enim actionibus et ceteris similibus permittitur iudici rell.

Diese Aufzählung von Beispielen macht entschieden den Eindruck, dass die Verfasser mit der actio ad exh. nicht recht wussten wohin. Was hätte abgehalten mit 'item' fortzufahren, wenn es ganz unverfänglich geschienen hätte, die actio zu den persönlichen Klagen zu stellen? Erscheint der von

[1]) Die uindicatio als iudicium directum wird ganz gewöhnlich (siehe unten) als Normalfall stillschweigend vorausgesetzt.

[2]) Ganz gleicher Weise findet sich die Zusammenstellung von 'uel in rem uel ad exhibendum actio' bei Ulp. l. 14 §. 11 quod met. caus.

unserm Rechtsmittel handelnde Satz nicht als eine Art Nachtrag, der nach Aufzählung der beiden Beispielreihen noch gemacht wird? Selbst wenn man aber auch das 'quoque' nur als eine weitere Fortsetzung der mit 'ueluti' begonnenen und mit 'item' fortgesetzten Aufzählung betrachten will, selbst dann scheint in dieser Gruppirung doch eine Art Reserve zu liegen, mit welcher die Verfasser der Stelle reden. Man möchte beinahe vermuthen, dass sie etwa eine Stelle wie die eben besprochene des Gaius vor Augen hatten und ihrer Sache nicht recht sicher waren.

Wie dem aber auch sein möge, jedenfalls ist die Institutionenstelle der Zuzählung der actio ad exh. unter die in personam actiones weit günstiger als der entgegengesetzten Meinung.

Zweites Capitel.

Das exhibere.

§. 11.

Verschiedene Bedeutungen des Wortes.

Es ist schon bemerkt worden, dass eine Darstellung des Rechts der Exhibition nicht etwa auf die Klagformel gebaut werden kann, so wichtig auch die Kenntniss derselben für die Erkenntniss der ganzen Lehre ist. Vielmehr ist auszugehn vom Begriffe des exhibere. Ebenso ungeeignet es wäre, für die Theorie der Eigenthumsklage vom Begriffe des restituere auszugehn, ebenso nothwendig bildet für die Theorie der actio ad exhibendum der Begriff des exhibere die Basis. Es ist kein Zufall, dass von dem 'nisi exhibeat' der Formel die Klage ihren Namen trägt, während doch sonst römische actiones nicht nach dem erhofften Erfolge, sondern nach dem Inhalte der Intentio bezw. demonstratio benannt zu wer-

den pflegen. Dass unser Ausgangspunct der richtige ist, wird sich im Laufe der Erörterung ganz von selbst herausstellen.

Das Wort exhibere hat bekanntlich in unseren Rechtsquellen eine Reihe ziemlich verschiedener Bedeutungen. Ganz abgesehn von der ganz allgemeinen Bedeutung des Gewährens, Bezeigens, welche das Wort wie schon in früherer Zeit, so auch bei den Pandectenjuristen hat, können wir hier auch einige ganz specielle Bedeutungen[1]) als unserer Lehre ganz fernliegend bei Seite lassen.

Einen andern sehr häufigen und schon mehr juristisch technischen Sinn des Wortes wird es zweckmässig sein anzuführen, da er dem streng technischen Begriff exhibere der actio ad exh. und der übrigen exhibitorischen Rechtsmittel in einigen Beziehungen nahe kommt und zu Verwechselungen Anlass bieten könnte. Es ist dies exhibere im Sinne von sistere, Stellen einer Person vor Gericht. So ist die Rede von der Exhibition Unfreier, um sich wegen begangenen Delicts zu verantworten[2]). Der Gewalthaber, welcher den angeschuldigten Sklaven zu vertheidigen bereit ist, muss promissio iudicio eum sisti leisten, und dies sistere ist im Edict mit exhibere bezeichnet[3]). Es leuchtet ein, dass dieses exhibere mit demjenigen, auf welches in l. 3 §. 7 und l. 20 ad exh. geklagt wird, keineswegs identisch ist. So sind ferner Sklaven zu exhibiren zur Züchtigung wegen Injurien[4]), als fugitiui[5]), ferner behufs Freiheitserklärung[6]). Aber auch Freie sind zu exhibiren, namentlich als Beklagte und Zeugen[7]).

---

[1]) Dirksen, man. s. h. v. §. 2—5.

[2]) l. 1 pr. si ex nox. causa. l. 21 §. 3. 4 de noxal. act. Uebrigens scheint exhibere auch gleichbedeutend mit noxae dedere vorzukommen l. 22 §. 3 de noxal. act. l. 2 §. 1 si ex nox. causa.

[3]) So auch in l. 1 pr. §. 6 de publicanis.

[4]) l. 17 §. 4. 6 de iniur.

[5]) l. 1 §. 1. 6 de fugitiu.

[6]) c. 2 si manc. ita uenerit.

[7]) l. 17 de in ius uoc. Paul. sent. I, 13ᵃ, 1. l. 4 in ius uoc. ut eant. l. 4 qui satisd. cog. l. 10 pr. §. 1 si quis caut. l. 28 §. 2 de iureiur.

An dieses civilprocessualische exhibere schliesst sich dann auch ein strafgerichtliches an in der Bedeutung von Vorführen des Angeschuldigten[1]).

Diese Anführung wird genügen darzuthun, dass in allen den aufgezählten Fällen das Stellen vor Gericht zu ganz verschiedenem Zwecke und aus ganz verschiedenem Grunde geschieht. Exhibere ist in diesen Anwendungen ebensowenig Gegenstand eines eigengearteten Rechtsanspruches, als etwa das gleichbedeutende sistere[2]).

§. 12.

Das exhibere der actio.

Als Gegenstand eines eigenen Klagrechtes erscheint exhibere bei einer ganzen Reihe von Rechtsmitteln, nämlich der actio ad exhibendum, dem interdictum de tabulis exhibendis, interd. de libero homine exhibendo, interd. de liberis exhibendis, endlich der actio furti non exhibiti.

Obwohl sich nun als wahrscheinlich erwarten lässt, dass das 'exhibeas' der Interdicte und das 'nisi exhibeat' der Klagformel im Munde des Praetor keinen verschiedenen Begriff bezeichnen, so dürfen wir doch nicht ohne Weiteres von vorn herein Identität annehmen; dieselbe kann vielmehr erst nach Untersuchung der verschiedenen Klagrechte sichergestellt werden. Deshalb dürfen wir aber auch nicht alle Definitionen von exhibere, welche wir in den Quellen finden, zusammen-

---

l. 45 §. 3 mandat. l. 1 §. 2 de administr. et peric. cf. l. 246 pr. de U. S. l. 24 de iur. fisci. c. 7. 11. de test. c. 5 de furt. Consult. VI, 14 Nou. Ualent. III de episc. iud. et de diuers. neg. §. 14. 15. Nou. Just. 53 c. 4.

[1]) Tit. dig. de custodia et exhibitione reor. l. 17 de accusat. Tit. cod. Theod. et Just. de exhibendis uel transmittendis reis.

[2]) Ueber die Versuche die nach Pompon. l. 246 de U. S. angeblich vorhandene begriffliche Verschiedenheit von exhibere und sistere zu ergründen, s. Schmidt, Interdictenverf. S. 48. Einert §. 9. Bühler §. 6f.

werfen, sondern eine jede hat für uns nur vollen Werth für den Anwendungsfall, für den sie aufgestellt ist.

Von den fünf Legaldefinitionen

Ulp. l. 3 §. 8 de hom. lib. exh.

Ulp. l. 3 §. 8 de tab. exh.

Paul. l. 2 ad exh.

Gai. l. 22 de U. S.

Pomp. l. 246 de U. S.

beziehn sich die beiden ersten auf die betreffenden Interdicte, die drei letzteren hingegen zweifellos auf das 'nisi exhibeat' der actio ad exh.

Denn was l. 2 anlangt, so wird die Definition des Paulus nicht nur durch ihre Aufnahme an die Spitze des Digestentitels ad exh. als auf die actio bezüglich bezeichnet, sondern auch in dem Zusammenhange des lib. XXI ad edictum, welchem das Fragment entnommen ist, hat gerade das exhibere der actio definirt werden sollen. Denn nach den übrigen uns erhaltenen Fragmenten hat Paulus im lib. XXI ausser andern actiones in rem (confessoria, emphyteuticaria) vor Allem die Eigenthumsklage behandelt, musste also ganz naturgemäss auf die das letztere Rechtsmittel häufig vorbereitende bezw. ersetzende actio ad exh. zu sprechen kommen.

Gaius behandelt ferner im lib. IIII ad edictum, welchem die l. 22 de U. S. entnommen ist, die actio quod metus causa, de dolo, de calumnia, propter alienationem iud. mut. causa fact. u. a. dergleichen Rechtsmittel, welche ein arbitrium restituendi enthalten; es geschieht demnach zur Erläuterung des 'nisi restituat', wenn er auf den Gegensatz von restituere und exhibere kommt, und daraus folgt doch wohl, dass er das 'nisi exhibeat' der actio ad exh. als Gegenstück im Auge hat.

Endlich ist auch unverkennbar die von Pomponius citirte Definition des Labeo gegeben um den Gegensatz des 'nisi restituat' und 'nisi exhibeat' der actiones arbitrariae zu beleuchten. Es entspricht ja auch der Erläuterung des exhibere sofort die des restituere in §. 1 der Stelle.

Stimmen nun die Definitionen des Gai.

> Plus est in restitutione, quam in exhibitione; nam exhibere est praesentiam corporis praebere, restituere est etiam possessorem facere rell.

und des Pomp.

> Apud Labeonem Pithanon ita scriptum est: exhibet, qui praestat eius, de quo agitur, praesentiam. nam etiam qui sistit rell.

vollständig überein, so fügt hingegen Paulus:

> Exhibere est facere in publico potestatem, ut ei qui agat experiundi sit copia —

einige neue Elemente des Begriffs hinzu, nämlich einmal das 'in publico' und fernerhin als Zweck der Exhibition die copia experiundi.

Was nun zunächst diese 'copia experiundi' anlangt, so wird darunter von den Meisten die Möglichkeit der Klaganstellung verstanden[1]). Einert hingegen[2]) will das experiri nicht als gerichtliches, sondern als „in Augenschein nehmen" fassen. Beide Bedeutungen sind sprachlich möglich. Doch möchten gewichtige Gründe dafür sprechen, dass die letztere Auffassung die richtige ist. Zwar die Inconcinnität, welche Einert in dem 'ut ei qui agat experiundi (= agendi) sit copia' finden will, liesse sich leicht beseitigen, indem bei 'agat' an die actio ad exh., bei 'experiundi' an das iudicium directum zu denken wäre. Wohl aber ist der Gedanke: öffentlich vorweisen, damit Kläger die Sache anschauen kann — ein mehr abgeschlossener und in sich selbst klarer, als der andere: öffentlich vorweisen, damit über die Sache processirt werden könne. Denn ein Jeder wird fragen: kann denn nicht auch über die Sache processirt werden ohne ihre Gegenwart in publico?

Dazu kommt, dass sonst exhibere geradezu mit 'Untersuchen' identificirt wird, Ulp. l. 3 de opt. leg.

---

[1]) Gloss. ad l. 1 h. t. Donellus §. 30. Noodt, comment. ad pand. ad h. l. Glück XI S. 168. Brinz I S. 461.

[2]) §. 2 p. 4 n. 12. Bühler §. 5. So fasst die Stelle, wie es scheint, auch Windscheid Pand. §. 474, 1. bei Anm. 1.

— scilicet si ante exhibitionem, hoc est ante degustationem —

welche degustatio doch gewiss ein experiri vinum ist[1]). Es stimmt ferner diese Auffassung der copia experiundi ganz überein mit derjenigen, welche Ulp. giebt von exhibere tabulas testamenti l. 3 §. 8 de tab. exh.:

Exhibere hoc est materiae ipsius adprehendendae copiam facere —

und ebenso mit der

uidendi tangendique hominis facultas

welche in Folge des interd. de hom. lib. exh. zu gewähren ist nach Ulp. l. 3 §. 8 h. t.[2]).

Und endlich existirt für unsere Erklärung des Wortes noch ein sprachlicher Grund. Jeder wird fühlen, dass, wenn der Satz ut — copia die Bestimmung hätte, den Zweck des facere potestatem anzugeben, für eben dieses facere potestatem ein Object nicht angegeben wäre, weshalb man auch zwischen 'facere' und 'in' das Wörtchen 'rei' hat einfügen wollen[3]). Allein es liegt doch weit näher, das Sätzchen ut — copia als Object des facere potestatem zu betrachten, so dass dann der Jurist sagt: exhibere ist das in publico Gewähren der Möglichkeit des experiri[4]). Ist dies richtig[5]), so kann dann

---

[1]) Ganz ebenso Pomp. l. 2 §. 1 de trit. leg.

[2]) Obwohl, wie oben bemerkt, nicht ohne Weiteres Identität des Exhibitionsbegriffes bei allen exhibitorischen Rechtsmitteln angenommen werden kann, so kann doch hier einstweilen auf den später zu liefernden Nachweis dieser Identität verwiesen werden. Insonderheit kann das exhibere tabulas gewiss nur dasselbe sein, mag es mit actio oder interdictum erzwungen werden l. 3 §. 8 ad exh. l. 3 § 5 de tab. exh.

[3]) S. bei Einert §. 2 p. 4 n. 10. Mommsen ad h. l. Vgl. l. 8 de incendio: Ratis — delatae — potestatem tibi faciendam.

[4]) Facere potestatem = Erlaubniss geben mit ut, vgl. Klotz, Handwörterb. Auch Dirksen, man. s. v. potestas lässt das ut von potestas abhängen.

[5]) Uebrigens bleiben auch bei der andern Construction der Stelle unsere übrigen Gründe aufrecht. Man hat sich für experiundi copia = agendi facultas berufen (Donell. §. 30) auf l. 9 §. 5 ad exh. Allein in dieser Stelle will Ulp. nicht eine Definition von exhibere geben, son-

Niemand unter experiri etwas Anderes verstehn als ein adprehendere, tangere, uidere.

Dass die Meisten in der Stelle experiri = agere gefasst haben, erklärt sich wohl aus der unmittelbaren Nachbarschaft der l. 1 h. t. Wenn diese Stelle mit den Worten schliesst: et maxime propter uindicationes inducta est — und nun in l. 2 gleich darauf von experiundi copia die Rede ist, so denkt man leicht genug an die uindicationes zurück.

Einen wichtigeren Zusatz hat des Paulus Definition vor den beiden andern voraus in den Worten 'in publico'. Während sich Niemand daran stossen kann, dass beim interd. de hom. lib. exh. es heisst l. 3 §. 8 h. t.:

> Ait praetor exhibeas. exhibere est *in publicum producere* et uidendi tangendique hominis facultatem praebere. proprie autem exhibere est extra secretum habere —

indem durch dieses Rechtsmittel eben wirklich immer eine Vorführung vor den Magistrat bezweckt wird[1]), so scheint auf den ersten Blick für das exhibere der actio ad exh. durch die Aufnahme des 'in publico' zu viel gesagt zu sein, da ja diese Klage häufig auf blosses Gestatten der Wegnahme durch den Kläger geht, ohne dass an ein Bringen vor Gericht irgend zu denken wäre, z. B. beim exhibere von ruta caesa[2]), stercus[3]), ratis delata ui fluminis[4]), ruina[5]), glans[6]).

Man hat aus diesem Grunde auch hervorheben zu müsssn geglaubt[7]), dass die Definition des Paulus nur auf das exhibere in seiner präparatorischen Function passe, und diese Be-

---

dern zeigen, worin das 'in eadem causa praestare' besteht. Der 'copia experiundi' des Paul. entspricht in l. 9 §. 5 das 'copiam rei habens'.

[1]) Beim interd. de tab. exh. ist noch bestimmter gesagt, dass apud Praetorem zu exhibiren ist l. 3 §. 9 de tab. exh. Auch hier erklärt sich das leicht genug, indem die Auctorität des Magistrats für die Testamentseröffnung in Anspruch genommen wird.

[2]) l. 5 §. 2 ad exh.

[3]) l. 5 §. 3 eod.

[4]) l. 5 §. 4 eod.

[5]) l. 5 §. 5. l. 9 §. 1 eod.

[6]) l. 9 §. 1 eod.

[7]) Einert §. 3.

hauptung dadurch unterstützt, dass die Definition von den Compilatoren eingefügt ist einer Erörterung des Ulp. (l. 1. 3 h. t.), welche sichtlich die actio ad exh. als Vorläuferin von in rem actiones im Auge hat.

Wie steht es aber überhaupt — darauf führt uns das Bedenken Einerts — mit den verschiedenen „Functionen" der actio ad exh.? Wenn einmal exhibere das der l. 2 ist, ein andermal ein blosses Gestatten des Zutritts wie in den oben citirten Anwendungsfällen, wieder einmal ein separare, Lostrennen verbundener Sachen[1]) — ist dann exhibere noch ein einheitlicher Begriff, die actio mit dem nisi exhibeat ein einheitliches Rechtsmittel? Wollten wir mit Einert[2]) die begriffliche Einheit des exhibere lediglich in dem Gegensatze zum restituere finden, so wäre mit dieser rein negativen Gemeinsamkeit so viel wie Nichts gewonnen für die Erklärung der Thatsache, dass so auseinandergehende Zwecke in den Rahmen eines Rechtsmittels zusammengedrängt sind, und dass die Quellen unverkennbar einheitliche Grundsätze für alle Anwendungsfälle der Klage aufstellen[3]).

Eine wirkliche Erklärung des einheitlichen und doch, was den Erfolg der Klage betrifft, so elastischen Wesens des Rechtsmittels kann nur gewonnen werden durch den Nachweis, wie ein und dieselbe, auf ein und demselben Rechtsgedanken beruhende Klagformel wirklich geeignet war, all den practischen Zwecken zu dienen, welchen wir unsere Klage dienen sehn.

---

[1]) l. 6. 7 §. 1. 2 h. t. l. 23 de R. U.

[2]) §. 19.

[3]) Einert, der selbst anerkennen muss (§. 24): Romanos ipsos unicam agnouisse ad exh. actionem et discrimen illud, quod uarias ad exh. agendi formas intercedere uidissent, non permouisse ICtos, ut uarias statuerent actiones ad exh. — kommt zu folgendem verzweifelten Auswege: Sed ex nostra quidem sententia unica est actio ad exh., quia communis est omnium earum formarum fons atque origo in legibus Romanis.

§. 13.

Die verschiedenen Functionen der actio.

Dass die formula ad exh., wie wir sie im ersten Capitel gewonnen haben, zunächst darauf berechnet ist, einen wirklichen Eigenthumsprocess vorzubereiten, ist ebensowenig zu bezweifeln, als dass die präparatorische Function der Klage in unseren Quellen als häufigste und wichtigste betrachtet wird (maxime propter uindicationes inducta est).

Weiter ist auch leicht ersichtlich, dass die Formel vollständig ihre Dienste thut, wo Trennung einer verbundenen Sache erzwungen werden soll behufs Vindication derselben. Auch hier handelt es sich um Stellen der verbundenen Sache vor Gericht. Dass nun ein Stellen der Sache losgelöst aus ihrer Verbindung gefordert wird, das macht den Begriff exhibere nicht zu einem andern, sondern beruht darauf, dass nach der Formel eine res, quam A^s. A^s. uindicaturus est, d. h. die Sache als Vindicationsobject zu exhibiren ist, diese Qualität ihr aber eben nur als selbständige Sache zukommt. Warum nun freilich der Stein nicht im Ringe, nicht aus dem Ringe heraus vindicirt werden kann, dieser Frage werden wir uns keineswegs entziehen, geben auch schon hier die Antwort: Deswegen muss Kläger mit der actio ad exh. erst Trennung erzwingen, weil er vorher von der verbundenen Sache mit Grund nicht sagen kann: res mea est. Die Begründung dieses Satzes kann jedoch füglich erst in der Folge gegeben werden[1]), da er aufs Engste zusammenhängt mit der Frage: wer ist berechtigt, Exhibition zu verlangen. Hier genügt es hervorgehoben zu haben, dass der Gegenstand der actio, wo sie separare, excludere erzwingen soll, nichts Anderes ist, als ein facere in publico potestatem ut ei qui agat experiundi sit copia[2]).

---

[1]) S. unten §. 22 f.

[2]) Es erscheint nicht nur etymologisch, sondern auch sachlich verfehlt, das separare als ursprüngliche Bedeutung von exhibere aufzufassen. So Einert §. 1.

Aber, könnte man einwenden, dem auf Separation Dringenden wird gewöhnlich auf das vor Gericht Stellen der Sache gar Nichts ankommen, sondern eben nur am Lostrennen wird ihm liegen. Wo die Sache so steht, ist die formula ad exh. nicht im Mindesten weniger brauchbar. Hat Beklagter separirt, und beschliesst Kläger unverweilt, also ohne den Rest des exhibere zu verlangen, zur Vindication zu schreiten, so braucht er das nur auszusprechen, und der iudex wird auch ohne Vorweisung vor Gericht absolviren, da ja dem quanti ea res erit der Formel durch diese Erklärung Grund und Boden entzogen ist.

Zieht es fernerhin Beklagter vor, nach geschehener Separation die Sache ohne Rechtsstreit an den Kläger herauszugeben, so wird natürlich dadurch das quanti ea res erit vollständig abgeschnitten und es erfolgt Absolution.

Gewiss ist somit für alle Eventualitäten bestens gesorgt, und andererseits ist klar, dass das 'nisi exhibeat' der Formel immer genau denselben Sinn hat.

Ganz ähnlich verhält es sich mit derjenigen Anwendung uuserer Klage, in welcher ihr Resultat Gestattung der Wegnahme übergefallener Früchte, zugelaufenen Viehes, eines aufgetriebenen Nachens u. s. w. ist[1]). Eine Vindication solcher Sachen, welche an sich natürlich zusteht, würde insofern überflüssig und unzweckmässig sein, als in solchen Fällen das Eigenthumsrecht ausser Zweifel, ein Recht des Beklagten, die Sachen zu behalten, gar nicht in Anspruch genommen werden wird. Die actio ad exh. nimmt hier folgenden Verlauf. Verlangt wird auch hier das exhibere im Sinne von l. 2 h. t. Wollte Beklagter doch etwa das Recht des Klägers bestreiten, so könnte Kläger auf wirkliehe Exhibition dringen, oder aber auch den Anspruch auf Stellen vor Gericht fallen lassend zur Vindication schreiten. Kann und will Beklagter das Recht des Klägers nicht bestreiten, so kann er die Condemnation vermeiden durch Gewährung des

[1]) Z. B. l. 5 §. 3. 4. 5. l. 9 §. 1 h. t. l. 25 de act. empti.

Zutritts zu den Sachen, Gestattung ihrer Wegnahme. Denn hierdurch stellt er den Kläger interesselos, schneidet das quanti ea res erit vollständig ab. Was hätte denn Kläger nach jener Gewährung für ein Interesse, dass die Sachen auf seine Kosten und Gefahr vor Gericht gestellt werden?

Auch wo ferner Behufs Ausübung eines Wahlrechtes ad exhibendum geklagt wird, hat der Wahlberechtigte gewöhnlich keinen Grund auf Vorweisung in publico zu dringen; und andrerseits wird auch der Besitzer es vorziehn, aussergerichtlich vorzuweisen.

Ein Einwand, den man allenfalls gegen diese Entwicklung machen könnte, soll nicht verschwiegen werden. Wie wenn Beklagter, von dem Gestattung der Wegnahme von glans oder stercus erlangt werden soll, auf das nisi exhibeat der Formel pochend etwa jene Sachen vor Gericht zu stellen sich capriciren sollte? Absolviren müsste ihn doch der Richter: nam exhibuit! Die Antwort ist, dass der Nachtheil dieses Manövers einzig und allein den Exhibenten selbst treffen würde. Allerdings lehren die Juristen, dass Kläger Gefahr und Kosten des vor Gericht Stellens tragen müsse; allein dieser Satz ist gewiss nur für den regelmässigen Fall des Conflicts vernünftiger und practischer Interessen berechnet, und leicht würde es der iudex übers Herz gebracht haben, der oben supponirten Chicane gegenüber von jenem Satze abzusehn.

Resultat unserer Ausführung ist, dass Paulus vollkommen im Rechte ist, das exhibere zu bezeichnen als facere *in publico* potestatem und dass diese Definition für jede actio ad exh. richtig ist. Dass der Richter in manchen Fällen trotz nicht vollständig durchgeführten exhibere absolvirt, hat nicht seinen Grund in einer verschiedenen Bedeutung dieses Rechtsbegriffes, sondern darin, dass die condemnatio auf quanti ea res erit geht, und dieses Interesse sowohl durch Erklärungen des Klägers, als durch anderweite Concessionen des Beklagten als beseitigt erscheinen kann. Zugleich ist der Nachweis geliefert, wie wirklich durch ein und dieselbe

Klage die verschiedenen Zwecke zu erreichen waren, welchen wir die actio ad exh. gewidmet finden.

Unberechtigt ist es daher auch zu reden von einer „Ausdehnung der actio ad exh., in der sie als Principalklage auf Herausgabe erscheint“[1]). Auf dasselbe läuft es hinaus, wenn behauptet wird[2]), den Umständen nach könne der Erfolg der angestellten Klage, wie der Inhalt der Obligation selbst, sich verschieden gestalten. Eine Veränderung des Inhalts der obligatio ad exh. liegt unter den Umständen, an welche hierbei zu denken ist, ebensowenig vor, als man z. B. falls ein mit der confessoria Belangter es vorzöge, dem Usufructuar lieber die Sache zu Eigenthum zu überlassen sagen könnte, hier sei die confessoria auf Eigenthumsüberlassung gegangen. Das Richtige in dieser Beziehung hat v. Vangerow gesehen[3]). Nur beschränkt er das 'in publico' der l. 2 ebenfalls auf die präparatorische Function der Klage[4]). Allein auch wenn in Bezug auf den Exhibitionsort im Erfolge des Exhibitionsprocesses Modificationen eintreten, so führen auch hier „nur zufällige Umstände äussere Verschiedenheiten herbei, welche das eigentliche Wesen der Klage gar nicht berühren“.

Auch dass „die Exhibitionspflicht in mehrfacher Steigerung vorkommt“[5]) — wird man, soweit es sich auf die Fälle des tollere pati bezieht, nicht sagen dürfen. Dass insonderheit „bei Urkunden sich das Zeigen auf das Lesen und Abschreiben ausdehnt“, ist nichts über das facere potestatem ut experiundi sit copia Hinausgehendes, ebensowenig, als dass der exhibirte homo gefragt und beschaut, der Wein gekostet werden darf. Nur wo zum exhibere vorausgehendes separare gehört, könnte man noch am Ersten von einer Steigerung der Exhibitionspflicht reden. Die römischen Ju-

---

[1]) Ziebarth, Realexec. u. Oblig. S. 91 u. a.
[2]) Sintenis, Gem. CR. §. 127. 3. 1.
[3]) Pand. III §. 707. Anm. III gegen d. Schluss hin.
[4]) Ebendas. II, 1.
[5]) Bruns in v. Holtzendorffs Encyclop. I. S. 350.

risten fassen aber auch das separare, wie später erhellen wird, nicht unter diesem Gesichtspuncte auf.

§. 14.

Exhibere nur bei beweglichen Sachen.

Ist exhibere in allen Anwendungsfällen der actio ein und dasselbe facere in publico potestatem, so kann die Klage keine Anwendung finden bezüglich unbeweglicher Sachen. Letzteres brauchte im Digestentitel nicht besonders ausgesprochen zu werden, eben weil es aus der Definition, die an der Spitze des Titels steht, sich von selbst ergiebt. Es lässt sich ausserdem aus drei Pandectenstellen folgern[1]). Man kann m. E. die Beweiskraft dieser Stellen nicht dadurch beseitigen, dass sie sich auf die Exhibition beweglicher Sachen, als auf die „Hauptanwendung" der Klage, beziehen sollen[2]). Selbst wenn man in l. 56 das Wort 'mobilem' als für die Entscheidung ausserwesentlich betrachten und die Beweiskraft der l. 38 damit anfechten wollte, dass dort vom Erfüllungsorte die Rede sei, dieser aber nur für bewegliche Sachen fraglich sein kann — so würde doch immer c. 4 für sich allein vollständigen Beweis machen. In dieser Stelle liegt doch zweifellos eine Einschränkung der Statthaftigkeit der Klage auf bewegliche Sachen vor. Dass bezüglich unbeweglicher Sachen ein dolo desinere possidere nicht vorkommen könne, wird doch wohl Niemand behaupten[3]).

---

[1]) l. 56 de procurat. Ulp.: Ad rem mobilem petendam datus procurator ad exhibendum recte aget. l. 38 de iud. Licin. Rufin.: si autem per in rem actionem legatum petetur, etiam ibi peti debet ubi res est. et si mobilis sit res, ad exhibendum agi cum herede poterit, ut exhibeat rem: sic enim uindicari a legatario poterit. Genaueres über diese Stelle siehe unten §. 38 c. 4 de crim. expil. hered. (letztere Stelle abgedruckt §. 17).

[2]) Windscheid, Pand. §. 474 bei Anm. 19. Citirt ist nicht c. 4., dafür l. 1 §. 6 de vi, welche allerdings nicht beweisend ist.

[3]) l. 52 de R. U. Bühler S. 38 meint: „dass nur von beweglichen Sachen die Rede ist, erklärt sich aus der Beschränkung der act. expil.

Hinfällig ist die Art, wie Einert die drei citirten Stellen zu beseitigen sucht[1]). Sie sollen sich alle drei beziehn auf die actio ad tollendum als besondere species der actio ad exhibendum. Allein es ist nachgewiesen worden, dass es ganz ein und dieselbe actio ist, welche unter Umständen wirkliche Exhibition, unter Umständen tollere pati zur Folge hat. Wenn übrigens die actio auch in Bezug auf unbewegliche Sachen anwendbar wäre, so könnte es dann auch kommen, dass ihr Erfolg zwar nicht ein tollere pati, aber etwa ein possessionem ingredi oder occupare pati wäre. Keine Spur davon. Ausserdem scheitert Einerts Erklärung daran, dass in den drei Stellen gerade die Richtung der Klage auf tollere pati möglichst fern liegt.

Es ist auch versucht worden, eine Quellenstelle für die Erstreckung der actio ad exh. auf unbewegliche Sachen beizubringen, nämlich l. 8 ad exh. Iulianus[2]):

> Si ad exhibendum actum est cum eo, qui neque possidebat neque dolo malo fecerat quo minus possideret, deinde eo defuncto heres eius possidet rem, exhibere eam cogendus erit. nam si fundum uel hominem petiero et heres ex eadem causa possidere coeperit, restituere cogitur.

Es ist aber gewiss richtig entgegengehalten worden[3]), dass der als Beispiel eines Klagobjects angeführte fundus sich nur auf die petitio bezieht, und dass es unzulässig ist, daraus auf eine actio ad exhibendum fundum zu schliessen;

---

hered. auf Mobilien, nach deren Surrogat gefragt wird.“ Allein wer die Stelle liest, muss den Eindruck gewinnen, dass die Restriction, welche in dem Worte ‘mobilis’ liegt, speciell auf die actio ad exh. sich bezieht. Sonst müsste doch schon für die competens in rem actio die Beschränkung getroffen sein.

[1]) Einert a. a. O. Corollarium.

[2]) Windscheid a. a. O. und Aeltere. S. bei Glück, Comment. XI S. 207. Auch ein Erk. des OAG. zu Kassel bei Seuffert Arch. XVI n. 48 beruft sich in diesem Sinne auf l. 8.

[3]) Glück a. a. O.

namentlich den drei oben angegebenen Stellen und der Legaldefinition gegenüber[1]).

Eine andere Frage wäre, ob nicht vielleicht eine analoge Anwendung der in den Quellen für bewegliche Sachen anerkannten Exhibitionspflicht auf unbewegliche Sachen von der heutigen Praxis auf Grund eines dahin drängenden Bedürfnisses gestattet[2]), die Ausdehnung der actio ad exhibendum auf unbewegliche Sachen, wie sie in neueren Gesetzgebungen geschehen ist[3]), als gerechtfertigt erscheint[4]). Die Beantwortung dieser Frage wird passend verschoben bis zur Erörterung der heutigen Bedeutung der Exhibitionstheorie überhaupt.

Drittes Capitel.

Bedeutung der actio ad exhibendum für's classische Recht.

§. 15.

Nutzen des exhibere für eine folgende uindicatio.

Nachdem wir die Einrichtung der formula ad exh., fernerhin die Natur der in ihr mit exhibere bezeichneten Leistung kennen gelernt haben, wird es möglich und zweck-

---

[1]) Noch schwächer erscheinen in Bezug auf diese Frage die Gründe Bühler's S. 35f., z. B. die Berufung auf l. 3 §. 6 ad exh.: si optare uelim seruum uel quam *aliam rem,* cuius optio mihi relicta est, ad exhibendum me agere posse constat. Ferner die Argumentation: Baumaterialien im Zustande der Verbindung sind Immobilien. Da nun ihre Exhibition nur aus Gründen der Polizei nicht verlangt werden kann, so könnte, abgesehn von diesen Gründen, Exhibition der immobilen tigna iuncta verlangt werden.

[2]) So das auf S. 63 Anm. 2 citirte Erk. des OAG. zu Kassel.

[3]) Sächs. bürg. GB. §. 1565. Entwurf eines allgem. deutsch. Ges. über Schuldverh. Art. 1041.

[4]) Dagegen Lang, der Entw. e. bürg. Gesetzbuchs f. d. Königreich Bayern S. 210.

mässig sein, ehe zur Behandlung der einzelnen Fragen unserer Lehre übergegangen wird, uns zunächst eine Anschauung von der practischen Wichtigkeit der actio für das römische Rechtsleben, wie es den Entscheidungen unserer Quellen zu Grunde liegt, zu verschaffen. Obgleich wir bei der darauf zielenden Betrachtung einigemal uns auf späterhin genauer zu Erörterndes werden beziehen müssen, so wird doch dieser Nachtheil überwogen durch das Interesse, welches die ganze Lehre durch den Nachweis ihrer practischen Tragweite gewinnt. Wir können uns auch bei der nun folgenden Erörterung auf die actio ad exh. mit uindicatio als actio directa einstweilen beschränken.

Auch Ulpian hat bei seiner Behandlung unserer Klage im lib. XXIV ad ed., welcher der Digestentitel grösstentheils entnommen ist, die practische Wichtigkeit gleich von vornherein noch vor Definition des exhibere hervorheben zu müssen geglaubt, l. 1 §. 1 h. t.:

Haec actio perquam necessaria est et uis eius in usu cottidiano est et maxime propter uindicationes inducta est.

Es ist möglich, dass zur Zeit, als Ulpian diese Worte schrieb, diese allgemeine Antwort genügte. Auch die Compilatoren scheinen dieselbe für befriedigend gehalten zu haben. Schon von den Glossatoren an empfindet man hingegen das Bedürfniss, sich darüber klar zu werden, worin denn eigentlich die Nothwendigkeit und der practische Nutzen des zu erzwingenden exhibere liege. Und zwar hat man bei dem Suchen nach einer Antwort zunächst immer nur an ein ad exh. agere Behufs einer wirklich beabsichtigten actio directa gedacht. Die Glosse[1]) hilft sich leicht genug: die actio ad exh. ist entweder geradezu nothwendig, so bei verbundenen Sachen, oder doch wenigstens utilis, quia alias non potest *commode* agi. Worin aber die Commodidät liegt, scheint die Bemerkung illustriren zu sollen: quia in praedictis titulis agitur quandoque prius ad exhibendum, ut ei qui agit sit agendi

[1]) Gl. necessaria ad h. l.

et *probandi* copia. Viel deutlicher tritt schon bei Donell[1]) die Möglichkeit eines Zweifels an der Erspriesslichkeit der präparatorischen Klage hervor. Er giebt auch eine ausführlich begründete Antwort dahin: exhibitio duo haec praestat, ut norimus, res de qua agitur quum oculis subiecta fuerit, qualis sit et quanta. Bei der Durchführung dieser Gesichtspuncte scheint sich indessen Donell nicht recht sicher zu fühlen; wenigstens muss er, um den Nutzen durch Exhibition sichergestellter Quantität nachzuweisen, zu denjenigen Exhibitionsfällen greifen, welche auf Gestatten von tollere hinauslaufen, bei denen also an einen Eigenthumsstreit kaum zu denken ist. Seine Meinung hat denn auch wenig Glück gemacht.

Vielmehr suchen viele Andere Nothwendigkeit und Nutzen der präparatorischen Klage in der Ermöglichung der zur uindicatio erforderlichen designatio rei[2]). Wie schon früher bemerkt, schien dem entgegenzustehn l. 3 pr. h. t., indem man bisher ganz allgemein unter dem dicere argumenta rei de qua agitur eben die Designation der zu exhibirenden Sache verstanden hat. Obwohl nun nach dem von uns früher Ausgeführten[3]) l. 3 pr. einen ganz anderen Sinn hat, als den angenommenen, diese Stelle also obiger Ansicht nicht entgegenstünde, so scheint uns nichtsdestoweniger Brinz[4]) im Allgemeinen im Rechte zu sein, wenn er jene Begründung des Nutzens der Exhibition verwirft. Nicht blos heut zu Tage ist zur Kennzeichnung bei der actio ad exh. unum-

---

[1]) Comm. l. XX c. IX §. 5 (ed. Bucher XIII p. 67): — si tamen prius attigerimus aliquid de actionis usu; idque ideo, quia is nullus aut perexiguus uideri potest. §. 10 (p. 70): — hoc dubitatur, quae hic utilitas actori esse possit huius exhibitionis. Non enim prima fronte haec utilitas occurrit.

[2]) Einert §. 30. Glück und v. Vangerow, welche Brinz für diese Meinung citirt, gehören wohl nicht hierher, da sie den Zweck der Exhibition in der Constatirung der Identität finden, was mit Ermöglichung der designatio rei nicht identisch ist. S. w. u.

[3]) S. oben S. 32 f.

[4]) Pand. I S. 462.

gänglich nöthig, was auch bei der uindicatio genügt, sondern es kann dies, auch ohne dass wir uns auf l. 3 §. 1 berufen können, nicht weniger für den classischen Process behauptet werden [1]). Nicht etwa nur für die uindicatio [2]), sondern auch für die actio depositi [3]), ja für alle Klagen, bei denen es sich um eine Sache handelt, hat gleiche Berechtigung, was Ulp. für die actio furti sagt in l. 19 pr. de furt.:

in actione furti sufficit rem demonstrari, ut possit intelligi [4]) —

wo wir zu sufficit hinzudenken müssen: et necesse est [5]).

Kann nun also der practische Zweck der actio ad exh. nicht die Ermöglichung der designatio gewesen sein — können wir auch ferner in der Utilität Donells (Constatirung qualis et quanta res sit zur Verhinderung von Verschleppung) keine hinreichende Erklärung finden für die uis in usu cottidiano [6]), so müssen wir andere aufklärende Gesichtspuncte zu gewinnen suchen.

Vielseitig bezeichnet man als practischen Zweck der Exhibition die Constatirung der Identität der zu vindicirenden Sache [7]). Dies fällt keineswegs zusammem mit der Ermöglichung der designatio. Denn Kläger kann ganz gut im Stande sein zum rem demonstrari ut possit intelligi, ohne darum überzeugt sein zu können, dass die in den Händen des

---

1) Vgl. Bethmann-Hollweg, R. CPr. II §. 86 S. 211.

2) l. 6 de R. U.

3) l. 1 §. 40 depos.

4) S. auch §. 1—4 derselben Stelle.

5) Im Falle der l. 3 §. 7 ad exh. steht fest, dass Einer von des Beklagten serui den Kläger beschädigt hat; nur die namentliche Bezeichnung, die zur Anstellung der noxalis actio nöthig ist, will Kläger durch Exhibition sich ermöglichen. Donell a. a. O. §. 12 hebt ganz richtig hervor, dass hier der criminalistische Gesichtspunct obwaltet, ganz wie in l. 20 h. t. Siehe darüber Näheres unten.

6) Treffend Brinz S. 462: „Eine eigene Klage um eines unsichern Vortheils in einer andern Klage willen! Leicht wird der Nachtheil, den man in der zweiten Klage vermeiden will, schon in der ersten eintreten".

7) Z. B. Bethmann-Hollweg II S. 244.

Gegners befindliche Sache wirklich die von ihm gemeinte und angesprochene ist. Wir brauchen z. B. nur an Viehstücke zu denken, welche oft nur an angebrachten Zeichen mit voller Sicherheit zu identificiren sein werden. Auf gut Glück zu vindiciren und dann erst im Beweisverfahren vom eigenen Unrecht überzeugt zu werden, das wird auch nach Wegfall des sacramentum und ohne drohende Processkosten Mancher gescheut haben. Derjenige aber, dem Vindication oder sonstiger Anspruch droht, wird schwerlich immer freiwillig bereit sein, dem Gegner Klarheit über seinen Anspruch, Siegesgewissheit zur Klage zu verschaffen.

Es kann fernerhin auch die Sache so liegen, dass eine demonstratio rei ut possit intelligi möglich ist, nichtsdestoweniger aber sofortige Vindication nicht angezeigt, vielmehr Besichtigung erwünscht sein muss, um genauere Notizen zu gewinnen etwa darüber, ob es überhaupt der Mühe werth sei zu vindiciren, Notizen ferner für die Beweisfrage u. s. w. So steht es z. B. in einem interessanten in Seuffert's Archiv aufgenommenen Rechtsfalle [1]).

Wenn es nun ein Rechtsmittel giebt, welches ohne erschöpfende Austragung der Rechtsfrage, aber doch unter Ausschliessung von Chicane, in kurzem Wege dem mit Vindication Umgehenden zur Besichtigung der Sache verhilft, so wird man demselben Nützlichkeit, ja für gewisse Fälle practische Nothwendigkeit nicht absprechen können. Die actio ad exh. leistet nun jenen Dienst vollständig. Falls insonderheit in den Händen des Impetraten sich mehrere Sachen befinden, auf welche die designatio rei passt — was ja doch auch bei recht genauer Sachbeschreibung nicht ausgeschlos-

---

[1]) IX n. 38. Die Herbeiziehung der l. 3 §. 7 ad exh. für diesen Fall ist überall schon deshalb ungerechtfertigt, weil, wie der entscheidende Gerichtshof anerkennt, eine designatio rei ut intelligi possit schon in der actio ad exh. geliefert ist (cf. l. 6 de R. U. in fin.), die Entscheidung der l. 3 §. 7 aber darauf beruht, dass der Kläger den seruus noxius nicht in der für die Hauptklage erforderlichen Weise, nämlich mit seinem Namen bezeichnen kann.

sen ist — so ist das Exhibitionsverlangen in Bezug auf jede derselben begründet; es kann demnach Vorzeigung aller der betreffenden Sachen verlangt werden, damit Kläger die von ihm gemeinte zu identificiren im Stande sei[1]).

Nach alle dem lässt sich ein practischer Nutzen der Klage, auch wo durch sie ein wirklich in Aussicht stehender Rechtsstreit vorbereitet wird, nicht in Abrede stellen. Allein ist denn die Schwierigkeit der Identificirung einer zu vindicirenden Sache eine so häufig vorkommende, dass sich daraus der usus cottidianus im römischen Rechtsleben erklären liesse? Trotzdem doch auch noch heut zu Tage das oben erörterte Bedürfniss nach Vorweisung existiren kann, so ist doch bekanntlich in unserer Praxis von einem nur annähernd häufigen Gebrauch der Klage nicht die Rede. Es braucht also noch besonderer Gründe für den cottidianus usus. Einer derselben liegt in Folgendem. Als Object der Exhibition erscheinen, wie ein Blick in die Quellen[2]) lehrt, sehr häufig Sclaven, wie denn dieselben auch so ganz gewöhnlicher Gegenstand von Vindicationen waren, dass bekanntlich der homo stereotypes Formelbeispiel wurde. Es ist nun leicht zu erkennen, wie gerade die Vorweisung von Sclaven dem mit der Vindication Umgehenden oft wünschenswerth sein musste. Zur Identificirung eines Menschen gehört vor Allem das Erkennen von Angesicht zu Angesicht. Der Eigenthümer, dem ein Sclav entlaufen oder sonst abhanden gekommen ist, und der dann Kenntniss erhält, dass sich unter den Sclaven eines Andern ein Mensch befindet, der dem Entlaufenen gleicht — wie soll er zur Ueberzeugung der Identität gelangen können, ohne dass er jenen Menschen sich in der Nähe ansieht? An

---

[1]) Es ist nicht nöthig sich hierfür zu berufen auf l. 3 §. 7 h. t. (wie v. Holzschuher, Theorie und Casuistik III §. 321 S. 1079f. 3. Ausg.), welche Stelle auch gar nicht hierher passt.

[2]) l. 3 §. 12. l. 5 §. 6. l. 9 pr. §. 6. 7. l. 11 pr. §. 1. l. 12 pr. §. 4. l. 13. 17 h. t. c. 1 h. t. Hierbei ist von der Exhibition behufs Noxalklage oder Criminalverfolgung ganz abgesehn, da solchenfalls der Zweck der Vorweisung nahe genug liegt.

absichtliche Entstellung, Verkleidung, Namenswechsel u. s. w. braucht man dabei kaum zu denken.

Und wie gerade bei Sclaven Vorweisung behufs Identificirung besonders wichtig war, so wird auch oft noch ein anderer Vortheil von der Exhibition zu erhoffen gewesen sein. Häufig wird es nämlich einer Confrontation mit dem zu vindicirenden seruus, einer Ausfragung desselben bedurft haben, um den Sachzusammenhang herauszubringen, durch welchen ebenderselbe in die Hände des dermaligen Besitzers gekommen ist. Das kann und muss natürlich der homo selbst am Besten wissen. Seine Aussagen vermögen vielleicht den uindicaturus auf die rechte Spur zu führen, ihm den Weg zur Sammlung des vollständigen Beweismaterials zu eröffnen. Wo z. B. bei Plautus um die Freiheit von Personen gestritten wird, da dreht sich häufig die Sache um ihre eigenen Angaben. Ganz ebenso muss es gewesen sein, wenn es sich bei einer uindicatio serui z. B. darum handelte, ob der seruus von jeher oder schon lange sich bei seinem jetzigen Besitzer befindet, ob er unter gewissen Umständen verkauft worden, ob er selbst entlaufen, entführt sei u. s. w. Es fehlt auch nicht an Anhalt in den Quellen für diese Erwägungen: In c. 1 ad exh. rescribirt Alexander:

> Si dominium ancillae, de qua agis, ad matrem tuam pertinuit, nec iure a patre tuo uenum data est, eiusque proprietatem tibi uindicare paratus es, praeses prouinciae *exhiberi eam iubebit, ut apud iudicem de rei ueritate quaeratur.*

Der iudex, vor welchem dieses de ueritate quaerere geschehn soll, ist der Richter im Vindicationsprocesse. Damit letzterer mit Aussicht auf Erfolg begonnen werden könne, damit Kläger in der Lage sei, dem Richter volle Aufklärung zu geben über das, was mit der zu vindicirenden Sclavin vorgegangen, muss ihm vor Allem diese letztere vorgestellt werden; diese Vorstellung zu veranlassen, wird der praeses prouinciae angewiesen, d. h. dazu, die formula ad exh. zu ertheilen, welche Ertheilung, wie schon früher berührt

wurde[1]), ganz gewöhnlich zum exhibere führte und deshalb als exhiberi iubere bezeichnet werden konnte.

Die Befragung des streitigen Sclaven wird als wichtiges Beweismittel im Eigenthumsprocesse bezeichnet in einem Rescripte von Dioclet. et Maxim. c. 10 de R. U.:

> Quum super uernis mancipiis nulla instrumenta te habere asseueres, in iudicio, in quo negotium coeptum esse proponitur, id, quod in precem contulisti, postulare debuisti. Iudex enim non ignorat, seruorum dominia etiam citra instrumentorum exhibitionem aliis probationibus *uel ipsorum interrogatione* posse ostendi.

Hiermit ist aber auch zugleich klar, dass der uindicaturus ein dringendes Bedürfniss hatte, Behufs der Vindication sich instruiren zu können durch Befragung des streitigen seruus.

So ist es denn bei Processen um Sclaven der gewöhnliche Verlauf der Dinge, dass zuerst exhibirt, darauf in possessorio und dann vor demselben iudex in petitorio gestritten wurde. In c. 13 de R. U. rescribiren dieselben Kaiser:

> Ordinarii iuris est, ut, mancipiorum orta quaestione, prius exhibitis mancipiis de possessione iudicetur, ac tunc demum proprietatis causa ab eodem iudice decidatur.

§. 16.

Die actio ad exh. mit dem Erfolge der Restitution.

Bisher erschien uns die actio ad exh. als auf einen wirklich bevorstehenden Vindicationsprocess berechnetes, denselben vorbereitendes Rechtsmittel. Es schliesst sich eine Anwendung der Klage an, in welcher dieselbe zwar auch möglicherweise zu einem iudicium directum führt, aber bei welcher ihre Erspriesslichkeit gerade darin besteht, dass jene Möglichkeit eine mehr oder weniger fern liegende, im Gegentheile Erledigung des dem directum zu Grunde liegenden Anspruchs schon in Folge des exhibitorium mit Wahrscheinlichkeit zu hoffen ist.

---

[1]) S. oben S. 42 Anm. 3.

Um unser Rechtsmittel in dieser Anwendung zu beobachten, gehn wir aus von solchen Fällen, wo sich die Vorenthaltung von Sachen nur darin manifestirt, dass ihr Eigenthümer verhindert wird, sie aus dem fremden Gewahrsam, in dem sie sich befinden, abzuholen (tollere), ohne dass im Uebrigen irgend eine Bestreitung seines Rechtes an den Sachen vorläge oder auch nur zu erwarten wäre[1]).

Hier ist der practische Nutzen der actio ad exh. allseitig anerkannt und offenliegend. Es ist auch schon früher (§. 13) im Einzelnen nachgewiesen worden, dass und warum unsere Klage die Angelegenheit vollständig zu erledigen geeignet ist.

Nicht immer braucht aber nun der der actio ad exh. zu Grunde liegende Klaganspruch vollständig ausser Streit zu liegen, damit die Klage ihre besprochene Function verrichte. Vielmehr wird eine eingehende Betrachtung des Quellenmaterials zeigen, dass die actio unter Umständen geeignet ist, auch wirklich gegen das iudicium directum drohenden Widerstand zu brechen und eben dadurch die ganze Angelegenheit zu erledigen.

Gewiss wird häufig ein Besitzer, der an seiner Restitutionsverbindlichkeit zweifelt, es also auf die Vindication ankommen zu lassen geneigt ist, sich im Laufe des Exhibitionsprocesses, gelegentlich des summatim cognoscere[2]) vom Rechte des Klägers überzeugt haben, oder durch den Exhibitionsbefehl des iudex belehrt worden sein. Wo sich beide Streittheile persönlich gegenüberstehn und in unmittelbarer Weise, mündlich und formlos, die Frage erörtert wird, ob Impetrant

---

[1]) Siehe oben §. 13 S. 32f. Es fallen noch unter denselben Gesichtspunct l. 25 de act. empt. l. 16 de praescr. uerb. l. 7 §. 10 de acq. rer. dom. Ferner auch l. 19 §. 5 loc., wo sich die actio ad exh. ganz besonders nützlich macht. S. unten §. 39.

[2]) Zur vollen Würdigung des im Texte Verhandelten gehört eine richtige Anschauung vom summatim cognoscere bei der actio ad exh. Dieselbe ist weiter unten zu gewinnen versucht (§. 31), und hier wird einstweilen als Resultat unserer Erörterung ausgesprochen, dass das Characteristische jenes Cognitionsverfahrens lediglich in der Begrenzung des Verhandlungsmaterials liegt.

mit Fug und Recht eine Vindication ankündigen könne, da muss diese Erörterung auch auf den Sinn des Impetraten leicht einwirken können. Gewiss wird Mancher, wenn das exhibitorium ungünstig für ihn ausfiel, die Lust verloren haben, es auf Vindication mit cautio iudicatum solui ankommen zu lassen und abermals sachfällig zu werden.

Eben die Aussicht nun, dass auf dem kurzen Wege des summatim cognoscere dasselbe Resultat erreicht werden könne, als in Folge einer nach umfänglicher Sacherörterung ertheilten pronuntiatio, kann Grund genug sein, die actio ad exh. zu gebrauchen, auch wo — im Falle es zur Hauptklage wirklich kommen sollte — die Exhibition nicht von Nutzen wäre.

Kläger kann sich allerdings in seiner Voraussetzung täuschen, indem der im Exhibitorium Ueberwundene es doch noch auf die uindicatio ankommen lässt. Allein verloren ist auch für diesen Fall das bisher Verhandelte bei einem lediglich auf moralische Ueberzeugung gestellten iudex keineswegs. Der wahrscheinliche Vortheil der vorausgeschickten actio ad exh. überwiegt jedenfalls den möglicherweise herbeigeführten gringen Verzug.

So erklärt sich die Anwendung unseres Rechtsmittels in einer ganzen Reihe von Stellen, in denen auf die actio ad exh. ganz ohne Erwähnung der hinter ihr stehenden uindicatio verwiesen, und damit die Erledigung des Conflicts durch jene erstere allein vorausgesetzt wird. In einigen andern Stellen heisst es zwar, es könne erst ad exh. geklagt und die exhibirte Sache dann vindicirt werden; allein damit soll nur gesagt sein, dass eben hinter der actio ad exh. die uindicatio stehe, Restitution verlangt werden könne. An einen wirklich durchzuführenden Vindicationsprocess braucht dabei als irgend wahrscheinlich nicht gedacht zu sein; im Gegentheil würde sich nach der diesen Stellen zu Grunde liegenden Situation unter Voraussetzung eines durchzuführenden iudicium directum die Verweisung auf vorläufige, unter dieser Voraussetzung ganz unerspriessliche, Exhibition schlechterdings nicht erklären lassen.

Der Grund nun aber, aus welchem sich hoffen lässt, dass die Weigerung der Herausgabe sich schon durch actio ad exh. wird überwinden lassen, kann ein verschiedener sein, wie dies aus den Quellen nunmehr beobachtet werden soll.

1. Die Weigerung eine Sache herauszugeben beruht unter Umständen lediglich auf einer abweichenden Auffassung der Rechtsfrage. Ueber den Thatbestand sind die Parteien einig, aber die aus demselben zu ziehende rechtliche Consequenz ist Gegenstand des Dissenses, Grund des vom Beklagten geleisteten Widerstandes. So im Falle der l. 17 §. 6 de act. empt. Ulp.:

— Gallus autem Aquilius, cuius Mela refert opinionem, recte ait frustra in lege uenditionis de rutis et caesis contineri, quia, si non specialiter uenierunt, ad exhibendum de his agi potest; neque enim magis de materia caesa aut de caementis aut de harena cauendum est uenditori quam de ceteris quae sunt pretiosiora.

Die auf dem gekauften und übergebenen Grundstücke liegenden ruta et caesa will Käufer nicht an den Verkäufer herausgeben. Dabei kann er sich nur auf die Behauptung stützen, jenes Material sei mit an ihn übergegangen, da von demselben bei Kauf und Uebergabe gar nicht die Rede gewesen sei. Hat nun der Exhibitionsrichter einmal sich für das Eigenthumsrecht des Klägers entschieden, welches ja in Form der zu designirenden uindicatio futura Voraussetzung des klägerischen Interesse und somit Gegenstand des summatim cognoscere ist, — so ist dem Beklagten jede Aussicht auf erfolgreichen Widerstand der drohenden Vindication gegenüber genommen, und er wird als verständiger Mann freiwillig restituiren. So überall, wo der ganze Streit darauf hinausläuft, ob eine Sache Pertinenz des Grundstücks sei, oder nicht.

Von einem ganz ähnlichen Gesichtspuncte aus erklärt sich die Anwendung unserer actio in l. 33 depos. Labeo:

Seruus tuus pecuniam cum Attio in sequestre deposuit apud Maeuium ea condicione, ut ea tibi redderetur, si tuam

esse probasses, si minus, ut Attio redderetur. posse dixi cum eo, apud quem deposita esset, incerti agere, id est ad exhibendum, et exhibitam uindicare, quia seruus in deponendo tuum ius deterius facere non potuisset.

Mit der actio depositi kann der Angeredete nicht klagen, da durch das zwischen seinem seruus und Maeuius zu Stande gekommene Geschäft nur bedingte Rückgabe ausgemacht, die Bedingung aber nicht eingetreten ist. Er muss sich also auf den Standpunct eines Eigenthümers stellen. Das Eigenthum zu bestreiten hat Maeuius nicht den mindesten Grund. Vielmehr könnte dieser sich nur auf sein Recht und seine Pflicht als Sequester berufen. Wird nun mit der actio ad exh. geklagt und der Richter berücksichtigt die Einwendung des Beklagten [1]) nicht, weil seruus in deponendo [2]) u. s. w. — so wird Maeuius, dem Exhibition auferlegt wird, sich des Geldes zu entschlagen sicher geneigt sein.

2. In einer Reihe anderer Fälle kann zwar nicht sämmtlicher Thatbestand als unbestritten gelten, allein es handelt sich bei ihnen doch lediglich um die Frage: ob es des Klägers Sachen sind, welche sich beim Beklagten befinden. Hat Kläger dargethan, dass aus seinen Händen die Sache an den Beklagten kam, so kann unter Umständen jedem weiteren Streite Grund und Boden entzogen sein. So hat z. B. im Falle der l. 9 §. 3 de iure dot. die Ehefrau Sachen, die nicht zur dos gehören, ins Haus des Mannes gebracht, dergestalt, dass ein Verzeichniss derselben angefertigt wurde und vom Manne unterschrieben sich in den Händen der Frau befindet. Ulpian spricht aus, dass man einen Eigenthumsüber-

---

[1]) Auf Einreden gegen das iudicium directum, welche in ihrem Thatbestande ganz klar sind, bei denen also nur die Rechtsfrage in Betracht kommt, hat der Exhibitionsrichter natürlich immer Rücksicht zu nehmen. Siehe unten §. 31.

[2]) Aus dem 'ius deterius facere' auf die Qualität der Sequestration als Verpfändung zu schliessen (Muther, Sequestration §. 41) halte ich für unzulässig. Es ist doch wohl auch eine Rechtsverminderung, wenn meine Sache durch Deponirung so in fremde Hände kommt, dass ich sie nur bedingt zurückerhalten soll.

gang bezüglich jener Sachen nicht annehmen dürfe, und verweist die Frau auf die actio ad exh. Beweist nämlich die Frau mittelst jenes Verzeichnisses, dass gewisse in den Händen des Mannes befindliche Sachen die von ihr in dessen Haus gebrachten sind, und legt der Richter einmal Exhibition auf, so könnte allerdings möglicherweise der Mann späteren Erwerb seinerseits, oder etwa ein Retentionsrecht u. dergl. behaupten, und dann bedürfte es eines Vindicationsprocesses. Dass aber an eine solche Eventualität gegebenen Falls nicht zu denken war, geht eben aus der Verweisung auf die actio ad exh. hervor.

Ganz ähnlich in l. 33 de neg. gest. Papin.:

> Heres uiri defuncti uxorem, quae res uiri tempore nuptiarum in sua potestate habuit, compilatae hereditatis postulare non debet. prudentius itaque faciet, si ad exhibendum et negotiorum gestorum, si negotia quoque uiri gessit, cum ea fuerit expertus.

Da die Sachen schon aus der Zeit der Ehe her, aus der Zeit vor dem Tode des Mannes, in den Händen der Frau sind, so kann von einer Beraubung der Erbschaft natürlich keine Rede sein. Ferner werden auch jene Sachen seinerzeit ohne Delict in die Hand der Frau gekommen sein. Es bleibt also zur Rückerlangung für die Erbmasse, bezw. den Erben, abgesehn von etwaigen Contracts- oder Quasicontractsklagen Nichts übrig, als die Geltendmachung des auf den Erben übergegangenen Eigenthums. Diese Geltendmachung kann aber füglich in der leichteren Form der actio ad exh. geschehn, da die Frau, wenn ihr nachgewiesen ist, dass sie Sachen, die zum Vermögen ihres verstorbenen Mannes gehören, in den Händen hat, voraussichtlich ohne weitern Streit dieselben ausliefern wird.

Auch im Fall der l. 38 pr. de pecul. African. erklärt sich die Anwendung unseres Rechtsmittels nicht anders:

> Deposui apud filiumfamilias decem et ago depositi de peculio. quamuis nihil patri filius debeat et haec decem teneat, nihilo magis tamen patrem damnandum existimauit,

si nullum praeterea peculium sit: hanc enim pecuniam, cum mea maneat, non esse peculii. denique quolibet alio agente de peculio minime dubitandum ait computari non oportere. itaque ad exhibendum agere me et exhibitam uindicare debere.

Seine adjecticische Contractsklage schneidet sich Deponent selbst ab durch die Behauptung, dass gewisses beim Sohne liegendes Geld sein, des Klägers, Geld, und nur durch Hinterlegung an den Sohn gekommen sei. Vermag aber Kläger diese Herkunft des Geldes nachzuweisen und ist auf Exhibition erkannt, so lässt sich eine Weigerung zu restituiren kaum denken.

Ganz wie in l. 38 cit., so erscheint auch in l. 2 commod. (Paul.) und c. 8 ad exh. (Diocl. et Maxim.) die actio ad exh. gewissermaassen als Surrogat einer fehlenden Contractsklage, und ihre practische Erspriesslichkeit statt der concurrirenden uindicatio beruht ganz auf demselben Grunde.

Besondere Erwähnung verdient noch l. 1 §. 32 depos. Ulp.:

Si rem a seruo depositam Titio, quem dominum eius putasti cum non esset, restituisses, depositi actione te non teneri Celsus ait, quia nullus dolus intercessit: cum Titio autem, cui res restituta est, dominus serui aget: sed si exhibuerit, uindicabitur, si uero, cum sciret esse alienum, consumpserit, condemnabitur, quia dolo fecit quo minus possideret.

Dass hier von einer actio ad exh. die Rede ist, kann nicht bezweifelt werden; eben so wenig, dass der Beklagte Titius am Unwahrscheinlichsten in der Lage sein wird, dem Kläger, der sich als Eigenthümer der Sache legitimirt hat, in einem Vindicationsprocesse entgegenzutreten. Und doch scheint gerade in unserm Falle das Folgen der uindicatio nach geschehener Exhibition als sicher angenommen zu werden (uindicabitur). Allein gerade diese Stelle ist recht geeignet darzuthun, wie wenig das uindicari als ein wirklich bevorstehendes und durchzuführendes Processverfahren verstanden zu werden braucht. Die exhibirte Sache kann und wird der

Kläger als die seinige in Anspruch nehmen; jeden Augenblick kann er die Eigenthumsklage erheben. Dadurch ist unter den gegebenen Umständen die Situation nach geschehener Exhibition genügend bezeichnet. Ein Grund, warum, wenn ein Vindicationsprocess als erforderlich oder nur wahrscheinlich bevorstehend dem Juristen vorschwebte, erst actio ad exh. anzurathen wäre, ist doch wohl gerade im Falle unserer Stelle nicht leicht aufzutreiben.

Häufig wird auch ferner, wenn Sachen in die Hände ihres jetzigen Inhabers durch Delict gelangt sind, neben der Delictsklage derjenige, dem die Sachen entfremdet wurden, noch auf die actio ad exh. verwiesen[1]), entweder auf sie allein, oder in Concurrenz mit der uindicatio. Warum wird hier unsere actio häufig der uindicatio vorzuziehen sein? Weil, wenn einerseits der Besitz des Beklagten, andrerseits festgestellt ist, dass die Sache von dem Kläger früher als die seinige besessen und ihm entfremdet wurde, — meistens jeder plausible Grund zu weiterem Rechtsstreite weggefallen sein wird. Namentlich eignet sich die actio ad exh. nach dem Tode des Delinquenten als Rechtsmittel gegen dessen Successoren, wie Ulp. anerkennt u. l. 1 pr. de priu. del.:

> Ciuilis constitutio est, poenalibus actionibus heredes non teneri, nec ceteros quidem successores. Idcirco nec furti conueniri possunt. Sed quamuis furti actione non teneantur, attamen ad exhibendum actione teneri eos oportet, si possideant aut dolo fecerint, quo minus possideant. Sed enim et uindicatione tenebuntur re exhibita. Item condictio aduersus eos competit.

Hier ist in erster Linie auf die actio ad exh. verwiesen. Die uindicatio wird nicht als nothwendigerweise oder auch nur im gewöhnlichen Laufe der Dinge folgend behandelt, sondern als ein auch wohl noch hinzutretendes Rechtsmittel, für den Fall nämlich, dass die belangten Successoren etwa

[1]) l. 2 §. 1 expil. hered. l. 40 de noxal. act. l. 30 de contr. emt. l. 17 §. 2 de praecsr. uerb. l. 1 §. 3 de aleator. l. 7 §. 1 de cond. furt. l. 44 de acq. rer. dom.

Eigenthumserwerb ihrerseits behaupten sollten. Zugleich dient aber auch der von der uindicatio redende Satz zur Begründung[1]) der Zuständigkeit der in erster Linie angerathenen Klage.

Es wurde schon hervorgehoben, dass, wo die actio ad exh. ohne uindicatio zur Restitution führt, letztere als eine freiwillige erscheint, indem der zur Exhibition Verhaltene davon absteht, es zur uindicatio kommen zu lassen. Entweder geschieht nun die Restitution gleich, ohne dass es zum exhibere kommt, zur Abschneidung des quanti ea res erit[2]) — oder es ist wirklich exhibirt worden, und erst jetzt weicht der mit uindicatio in Anspruch Genommene zurück, zieht es vor, die zur Uebernahme des Processes erforderliche cautio iudicatum solui nicht zu leisten. Jetzt tritt ein, was dem indefensus gegenüber Rechtens ist: Kläger erhält den Besitz der in iure vorhandenen Sache unmittelbar eingehändigt, und hat, insofern er seinerseits einer Eigenthumsklage des Exhibenten ruhig entgegensehn kann, seinen Zweck erreicht[3]).

Vom Standpuncte des Gesagten, überhaupt unserer ganzen bisher begründeten Auffassung müssen wir uns gegen die Ansicht erklären, dass der Exhibitionsrichter unter Umständen gleich auf Restitution arbitriren durfte. Schon früher ist festgestellt worden, dass die Klagformel immer die Condemnation abhängig macht von einem 'nisi exhibeat'[4]). Wo hätte der iudex die Befugniss hernehmen sollen, auf Grund dieser

---

1) Sed enim —.

2) Siehe oben §. 13.

3) Insofern leistet allerdings die actio ad exh. für bewegliche Sachen den Dienst, für welchen das interdictum quem fundum bestimmt ist, Bethmann-Hollweg, R. CProcess II S. 570. Nur ist doch der Unterschied, dass die actio ad exh. jedenfalls einigen Rechtsbeweis voraussetzt. Dass Ableugnung des Besitzes im Falle der Ueberführung auch der actio ad exh. gegenüber zur translatio possessionis führe, kann nicht behauptet werden. Allerdings aber wird ein überführter Besitzleugner die exhibirte Sache mit cautio iud. solui zu vertheidigen schwerlich bereit sein, und somit schliesslich Einhändigung der Sache an den Kläger erfolgen. Bethmann-Hollweg, R. CPr. II §. 90

4) §. 10 Nr. 6.

Formel mehr aufzulegen, als eben das facere in publico potestatem, ut ei, qui agat, experiundi sit copia?

Eine ganz andere Frage ist, ob nicht und inwieweit heut zu Tage, vom Standpuncte unserer jetzigen Processgrundsätze[1]) aus, die Sache anders liegt. Darüber wird unten bei der Betrachtung der heutigen Bedeutung unseres Rechtsmittels die Rede sein.

§. 17.

Die actio ad exh. als Entschädigungsklage.

Wie bezüglich der uindicatio und mancher anderer Klagen, so wird auch was die Haftung der actio ad exh. gegenüber anlangt, dem Besitzer gleichgestellt derjenige qui dolo desiit possidere. Darauf gründet sich eine sehr wichtige Anwendung ebenderselben Klage. Die letztere erweist sich nämlich, gerade wenn es Kläger mit einem dolo desinens possidere zu thun hat, als ein besonders zweckmässiges Rechtsmittel[2]). Warum dies? Dass die actio ad exh. in solchen Fällen „zur Hauptklage wird" — insofern nämlich hier allerdings kein iudicium directum mehr folgen kann — ist noch keine Antwort auf unsere Frage. Es würde ja mit der uindicatio ganz das gleiche Resultat zu erreichen sein, als mit der actio ad exhibendum, nämlich Verurtheilung des Beklagten in das Interesse. Warum also gerade actio ad exh.?

Die Antwort scheint nahe zu liegen: weil bei letzterer nur summatim cognoscere eintritt, also der Beweis dem Kläger erleichtert ist. Allein auch das genügt noch nicht. Denn[3]) „ist die Lage der Sache so beschaffen, dass die Exhibition selbst nicht möglich ist, sondern anstatt derselben

---

[1]) In diesem Sinne Sintenis, Civilr. II §. 127. Anm. 14.

[2]) So namentlich bei wissentlicher Vernichtung fremder Sachen l. 9 pr. h. t.: si uinum uel oleum uel quid aliud effuderit uel confregerit. §. 1 glandem immisso pecore depascere. §. 3 ex scypho massa facta. l. 12 §. 3: Si quis ex uuis meis mustum fecerit uel ex oliuis oleum uel ex lana uestimenta, cum sciret haec aliena esse —.

[3]) S. einstweilen bis zur Erörterung dieses Punctes v. Savigny, Zeitschr. f. gesch. RW. VI S. 236.

eine Geldentschädigung geleistet werden soll, dann ist eine eigentliche condemnatio nöthig, und diese kann gewiss nicht anders als auf vollständigen Beweis angesprochen werden".

Wird aber, so ist weiter zu argumentiren, der nach dem summatim cognoscere Behufs der condemnatio noch zu führende Beweis gegen einen contumax und d. d. poss. nicht hergestellt durch iusiurandum in litem? Gewiss, und wir werden unten speciell nachzuweisen suchen, dass auch die rechtlichen Voraussetzungen des quanti res est, also bei der actio ad exh. die Restitutionspflicht des Beklagten mit auf den Eid gestellt werden können. Allein es ist bekannt, dass ein Zwang für den iudex iusiurandum zuzulassen, wo ihm anderweitige Ermittelung zweckmässig und thunlich scheint, nicht besteht[1]). Insonderheit könnte er, wenn der mit der actio ad exh. Belangte etwa zur Abwendung der condemnatio sich auf Ersitzung seinerseits oder auf eine exceptio rei uenditae et traditae beriefe, leicht geneigt sein, sich mit dem iusiurandum in litem des Klägers nicht zu begnügen.

Alle diese Bedenken fallen nun aber vollständig weg gerade einem Beklagten gegenüber, qui dolo desiit possidere. Ihm ist schon Behufs Ertheilung des iussus ad exhibendum nachgewiesen, dass er wissentlich eine fremde Sache aus seinen Händen gelassen hat, mit andern Worten, dass er sich selbst die Sache zu behalten nicht für berechtigt gehalten hat, bezw. nicht für berechtigt halten konnte.

Hat der iudex die Ueberzeugung gewonnen, dass der Beklagte dolo desiit possidere, so wird zugleich eine etwaige Vertheidigung des Bekl. z. B. durch Berufung auf Erwerb seinerseits oder auf exceptiones abgeschnitten sein. Einer vollständigen Erledigung der Condemnationsfrage durch iusiurandum in litem des Klägers, der ja seinerseits schon auf dem Wege des summatim cognoscere als Vindicant legitimirt ist, steht nicht das Mindeste mehr entgegen. So ist denn die actio ad exh., dieses ohne pronuntiatio direct zum Ziele

[1]) l. 4 §. 2. 3. l. 5 §. 1. 2. l. 3 de in lit. iur. Briegleb, verm. Abhandlgg. S. 110f.

führende arbitrium, ein gegen dolose Entäusserer höchst geeignetes Rechtsmittel, was noch mehr in's Licht treten würde, wenn die weiter unten folgende Erörterung über das summatim cognoscere bei unserer Klage schon hinter uns läge.

Es ist nach dem Gesagten ganz erklärlich, dass neben der actio ad exh. in dieser Anwendung als Ersatzklage die uindicatio selbst, die doch auch gegen den dolosen Entäusserer geht, sehr zurücktritt. Nicht nur in den Stellen des tit. ad exh.[1]), sondern auch wo sonst unser Rechtsmittel in der besprochenen Function gegeben wird[2]), geschieht niemals der concurrirenden in rem actio, sondern nur concurrirender Delictsklagen Erwähnung. Ja in einigen dieser Stellen wird sogar einerseits auf Vindication noch beim Beklagten vorhandener Sachen verwiesen, andrerseits für den Fall doloser Entäusserung hingegen die actio ad exh. für das passende Rechtsmittel erklärt, also damit unverkennbar letzterer vor ersterer der Vorzug gegeben. So namentlich in l. 11 §. 2 de r. c. Ulp.:

> Si fugitiuus seruus nummos tibi crediderit, an condicere tibi dominus possit, quaeritur. et quidem si seruus meus, cui concessa est peculii administratio, crediderit tibi, erit mutua: fugitiuus autem uel alius seruus contra uoluntatem domini credendo non facit accipientis. quid ergo? uindicari nummi possunt, si extant, aut, si dolo malo desi-

---

[1]) l. 9 §. 1. 3. 4. l. 12 §. 3. l. 14 h. t.

[2]) l. 4. 23 §. 6 de r. u. l. 29 de furt. l. 11 §. 2 de r. cr. §. 2 I. quib. alien. lic. l. 15 de cond. c. d. l. 1 §. 32 depos. l. 1 §. 2 de tign. iunct. l. 27 de pignor. (hypothecaria als iud. dir.) l. 7 §. 4 de dolo (confessoria als iud. dir.). Vgl. auch l. 1 pr. de distr. pign. In c. 1 depos. von Alexander heisst es: Quod si praetextu latrocinii commissi uel alterius fortuiti casus res, quae in potestate heredis sunt uel quas dolo desiit possidere, non restituuntur, tam depositi, quam ad exhibendum actio, sed et in rem uindicatio competit. Wir dürfen wohl hier die uindicatio als auf den Fall des 'in potestate heredis esse' berechnet annehmen. Dass übrigens unter Umständen auch gegen den qui dolo des. poss. die uindicatio zweckmässig sein kann, darüber gleich im Texte.

nant possideri, ad exhibendum agi: quod si sine dolo malo consumpsisti, condicere tibi potero.

Und nicht anders in einem Rescript des Kaisers Gordianus c. 4 de crim. expil. hered.:

Aduersus uxorem, quae socia rei humanae atque diuinae domum suscipitur, mariti diem suum functi successores expilatae hereditatis crimen intendere non possunt. et ideo res, quas per eandem abesse quereris, competenti in rem actione, uel, si dolo malo fecerit, quo minus res mobiles possideret, ad exhibendum persequere[1]).

Wenn übrigens Jemand die Frage aufwerfen wollte, warum bei dieser grösseren Zweckmässigkeit der actio ad exh. dann überhaupt auf die Statthaftigkeit der uindicatio gegen den dolosen Entäusserer Gewicht in den Quellen gelegt werde[2]), so würde die Antwort nicht schwer fallen. Einmal ist ersteres Rechtsmittel nur für bewegliche Sachen brauchbar[3]), während doch ein dolo desinere possidere auch bei unbeweglichen Sachen vorkommen kann[4]). Fernerhin wird sich häufig die dolose Entäusserung erst nach angestellter uindicatio ereignen, welchen Falls es dann nicht zweckmässig wäre von der einmal gewählten Klage abzuspringen. Aber auch wenn das dolo desinere possidere schon vor dem Processbeginne liegt, wird es häufig genug erst im Laufe des Vindicationsprocesses für den Kläger erkennbar werden. Und endlich kann, auch wenn bei Auswahl der Klage dem Kläger die dolose Entäusserung von Seiten des Gegners bereits bekannt ist, doch unter Umständen die Wahl ganz zweckmässig auf die uindicatio fallen. Wir brauchen nur an Fälle zu denken, wo die Eigenthumsfrage eine sehr verwickelte, so-

---

[1]) Siehe auch noch l. 4 de r. u., wo dem gewesenen Eigenthümer unlöslich verbundenen Materials, wenn er Miteigenthum am Ganzen in Anspruch nehmen, uindicatio und actio communi diuidundo, wenn er gegen den dolosen Urheber der Verbindung auf Entschädigung dringen will, actio furti und ad exhibendum anempfohlen werden.

[2]) l. 17 pr. l. 27 §. 3. l. 36 pr. l. 52 de r. u.

[3]) Siehe oben §. 14.

[4]) l. 52 de r. u.

mit auch der Nachweis doloser Handlungsweise von Seiten des Gegners ein sehr schwieriger ist. Hier kann es dem Kläger leicht passend erscheinen, gründliche Erörterung der Eigenthumsfrage und pronuntiatio zu veranlassen, zumal Beklagter der uindicatio gegenüber cautio iudicatum solui leisten muss, die bei der actio ad exh. wegfällt.

Die Vermuthung v. Bethmann-Hollweg's[1]), dass vor Hadrian die uindicatio wegen dolus praeteritus gar nicht zugestanden habe, also bis Hadrian nur die actio ad exh. gegen einen jenes dolus Schuldigen gedient habe, vermögen wir nicht zu theilen, halten vielmehr die Haftung wegen dolus praeteritus auch der uindicatio gegenüber für älter als Hadrian, wofür unten[2]) Gründe anzuführen sein werden.

Nach dem in den §§. 15—17 Ausgeführten dürfte die hohe practische Wichtigkeit der actio ad exhibendum für das römische Rechtsleben ausser Zweifel gesetzt, eine Anschauung von dem usus quotidianus gewonnen sein, welcher unserer Klage zugeschrieben wird. Ganz absehn konnten wir bei dieser Untersuchung von den Anwendungsfällen ad separandum und ad eligendum[3]), welche einerseits bezüglich des mit ihnen verbundenen practischen Nutzens keinen Zweifel zulassen, andererseits aber auch keineswegs genügen, jenen täglichen Gebrauch des Rechtsmittels zu erklären.

---

1) R. CProcess II §. 90 Anm. 35.

2) §. 36.

3) So sei der Kürze wegen zu sagen erlaubt.

Viertes Capitel.

Das Interesse des Klägers als Grund des Anspruchs auf Exhibition.

§. 18.

Uebersicht des Folgenden.

Wenn wir nun vorschreiten zur Erörterung der einzelnen Sätze unserer Lehre, so ist es auch hierfür zweckmässig den processualischen Zusammenhang nicht aus dem Auge zu verlieren.

Während bei der uindicatio und den übrigen petitorischen Klagen die Function des Richters sich in drei Abschnitten bewegt, nämlich *a*) Erörterung bis zur pronuntiatio, *b*) arbitrium restituendi, *c*) eventuell condemnatio — so lassen sich hingegen für die actio ad exh. nur zwei solche processualische Glieder unterscheiden, nämlich das arbitrium exhibendi einerseits, die eventuelle condemnatio andrerseits. Die Erörterung, welche dort in ihrem Ausgange als Vorbedingung erscheint, damit es überhaupt zum arbitrium restituendi komme, sinkt hier, im iudicium ad exhibendum, herab, einestheils zum blossen Maassstabe der condemnatio, anderntheils zur blossen Vorsichtsmaassregel gegen unnütze Belästigung des Gegners und Richters.

Je mehr aber auf diese Weise das Material der richterlichen Untersuchung an fester Gliederung einbüsst, desto nothwendiger ist es, beide processualische Abschnitte, arbitrium und condemnatio, scharf auseinander zu halten. Dazu drängt auch der Umstand, dass Ziel und Aufgabe beider Abschnitte ganz verschiedener Natur sind. Denn während im Vindicationsprocesse arbitrium und condemnatio auf gleichermaassen definitive Leistungen gehn, besteht gerade die characteristische Seite des Exhibitionsstreites darin, dass bei ihm nicht nur der Gegensatz von Natural- und Geldleistung, son-

dern zugleich derjenige einer blos vorbereitenden, die Hauptfrage unberührt lassenden Verfügung einerseits, und eines definitiven, die Hauptfrage hereinziehenden Urtheils andrerseits in Betracht kommt.

Warum befiehlt — so fragen wir, uns zum ersten Abschnitt des Exhibitionsstreites wendend — der Magistrat nicht selbst Exhibition und überlässt nur im Falle der contumacia die Abschätzung des durch jene dem Kläger erwachsenen Nachtheils einem iudex? Nimmt ja doch der Praetor andere processvorbereitende Maassregeln z. B. den Zwang zur Beantwortung von interrogationes in iure selbst in die Hand[1]).

Der Grund, warum die ganze Exhibitionsfrage dem iudex überlassen wird, ist die Nothwendigkeit, die exhibendi facultas bezw. das dolo desiisse possidere auf Seiten des Beklagten zu constatiren. Wenn es sich nur handelte um Gewinnung einer Garantie, dass der Exhibitionsbefehl nicht wegen mangelnden Interesses vergeblich ertheilt, dass ferner der vom Befehle Betroffene nicht chicanöserweise belästigt werde — so würde hier, wie in andern ähnlichen Fällen, der Magistrat selbst und zwar summatim cognoscirt haben[2]). Dass er aber dem iudex, dessen Einsetzung durch die Frage nach der exhibendi facultas geboten war, und welcher eventuell Behufs der condemnatio das klägerische Interesse definitiv abzuschätzen hatte, dann zugleich auch die vorläufige Gewinnung jener Garantie mit übertrug, lag nahe genug. Aus diesem Zusammenhang der Dinge erklärt sich die bei der actio ad exh. stattfindende ganz vereinzelte Erscheinung eines summatim cognoscere durch den iudex, welche Verhandlungsart sonst nur für praetoriae cognitiones vorkommt[3]).

---

[1]) Auch bei dem summatim cognoscere Behufs Antwortzwanges handelte es sich um ein vom Fragenden anzustellendes futurum iudicium, was hier auszuführen nicht am Platze ist. Dedekind, das Deliberationsrecht der Erben und die interrogationes in iure faciendae S. 18.

[2]) Vgl. einstweilen Bethmann-Hollweg II §. 122 bei Anm. 119.

[3]) Siehe oben §. 9 S. 42.

Im Anschluss an diese Functionen des iudex hat auch unsere Erörterung zunächst drei Fragen zu beantworten, nämlich

1) Welches sind die Voraussetzungen des Exhibitionsanspruchs in der Person des Klägers?

2) Welches ist das characteristische Wesen des summatim cognoscere, durch welche Verhandlungsart die Existenz jener Voraussetzungen festgestellt werden soll?

3) Welches sind die Voraussetzungen des Exhibitionsanspruchs in der Person des Beklagten?

Mit jeder dieser drei Fragen soll sich ein Capitel unserer Darstellung, mit der ersten gegenwärtiges viertes Capitel beschäftigen.

§. 19.

Keine actio ad exh. ohne iudicium directum.

Behufs unserer Construction der formula ad exh. ist schon nachgewiesen worden[1]), namentlich aus dem fundamentalen Ausspruche des Neratius in l. 3 §. 11 h. t., dass jedes Exhibitionsverlangen gegründet sein muss auf ein dem Desideranten zustehendes Klagrecht.

Dem scheinen mehrere Quellenaussprüche zu widersprechen, in welchen in ganz allgemeiner Weise Jeder, cuius interest, zur actio ad exh. für berechtigt erklärt wird. So insonderheit l. 3 §. 9 h. t. Ulp.[2]):

> Sciendum est autem non solum eis quos diximus competere ad exhibendum actionem, uerum ei quoque, cuius interest exhiberi: iudex igitur summatim debebit cognoscere, an eius intersit, non an eius res sit, et sic iubere uel exhiberi, uel non, quia nihil interest.

Es ist indessen ganz unverkennbar, dass die Quellen selbst

---

[1]) S. oben §. 7.

[2]) Aehnlich l. 7 §. 7. l. 19. l. 13. Eine eingehende Interpretation des abgedruckten §. 9 im Zusammenhange des ganzen Fragments siehe unten §. 30.

diesen allgemein lautenden Satz wieder einzuschränken die Tendenz haben[1]).

Wie wenig wir durch Aussprüche wie in l. 3 §. 9 uns dürfen leiten oder beirren lassen, wird klar werden, wenn wir einige Blicke werfen auf die Art, wie die Pandectenjuristen bei Erörterung der Activlegitimation zu unserer Klage verfahren.

Durch die condemnatio auf quanti ea res erit ist für die Frage nach der Berechtigung zur Klage eine Antwort gegeben, aber freilich zunächst nur eine negative: falls nihil interest actoris rem exhiberi, dann keine actio ad exhibendum. An diesen Satz knüpft sich nun die Auseinandersetzung der Juristen, gerade so, wie dies auch geschieht bei andern Rechtsmitteln[2]). Namentlich bieten die actio furti und das interdictum quod ui aut clam in dieser Beziehung höchst belehrende Seitenstücke. Einestheils suchen die Juristen durch ihre Casuistik auch möglichst entfernt liegende Fälle des Interesses herbeizuziehn[3]); andrerseits zeigen sie an andern Fällen, wie sehr das 'interesse' cum grano salis zu verstehen sei[4]). Aber trotz oder vielmehr gerade wegen dieser ganz gleichen Methode gelangen sie bei den einzelnen Klagen zu ganz verschiedenen Resultaten; es stellt sich heraus, ein wie sehr verschiedener Sinn mit Rücksicht auf den sonstigen Inhalt der Klagformeln und des in denselben sich abspiegelnden Rechtsverhältnisses demselben Worte beizulegen ist. Das 'actoris interesse' ist eben in allen Fällen nur ein formaler Anhaltspunct der Deduction[5]).

---

[1]) S. namentlich l. 19 ad exh. abgedruckt auf S. 14. So auch in §. 11 der l. 3 selbst: Windscheid Pand. §. 474 Anm. 5.

[2]) Siehe oben §. 3 S. 12.

[3]) Z. B. l. 3 §. 10. 14 ad exh. l. 16 §. 1 quod ui aut clam. l. 11 §. 1 eod.

[4]) Z. B. l. 3 §. 11. l. 19 ad exh. l. 49. 85 de furtis.

[5]) Deshalb ist auch auf eine von der actio ad exh. herzunehmende Analogie für die Frage nach den Voraussetzungen des interdictum quod ui aut clam — s. Zimmermann, Arch. f. civ. Prax. N. F. LII S. 481 ff. — nicht viel zu geben.

Positiver Anhalt lässt sich nur gewinnen, wenn wir unter Zugrundelegung des Ausspruchs von Neratius und der gewonnenen Einsicht über die Formel unserer actio, die einzelnen Anwendungsfälle, in denen die Klage gewährt wird, constatiren und aus ihnen ein Princip zu gewinnen suchen darüber, welche Klagrechte sich eignen, die actio propter quam exhibere desideratur abzugeben, m. a. W. der formula ad exh. als iudicium directum eingefügt zu werden.

Zuvor möge zur Illustrirung jenes Ausspruchs noch dienen l. 13 ad exh. Gaius:

> Si liber homo detineri ab aliquo dicatur, interdictum aduersus eum, qui detinere dicitur, de exhibendo eo potest quis habere: nam ad exhibendum actio in eam rem inutilis uidetur, quia haec actio ei creditur competere, cuius pecuniariter interest.

Vergleichen wir mit dieser Stelle den Ausspruch des Paulus in l. 12 pr. h. t.:

> De eo exhibendo, quem quis in libertatem uindicare uelit, huic actioni locus esse potest —

so ist leicht und längst erkannt, dass beide Stellen von verschiedenen Fällen reden[1]). Weniger allgemein scheint der Grund erkannt zu sein, warum wohl im Falle der l. 12, aber nicht in dem der l. 13 die actio zusteht.

Gaius versagt die Klage, weil das 'quanti ea res erit', die pecuniaria condemnatio diesfalls ohne Inhalt wäre[2]). Warum aber wäre sie dies? Etwa weil Kläger überhaupt kein Geldinteresse hat an der Loslassung des Freien? Aber ein solches kann hier eben so gut bestehn, als im Falle der l. 12. Wenn z. B. ein filiusfamilias widerrechtlich detinirt ist, so entgeht dem paterfamilias die Arbeitskraft und Erwerbsfähigkeit desselben ganz gleicherweise, mag die Freiheit

---

[1]) Siehe z. B. v. Vangerow III §. 707. 3.

[2]) Vielleicht ist die Ausführung des Textes geeignet, das gut beglaubigte 'pecuniariter' auch sachlich zu begründen. Gegen die Lesart pecuniariter siehe übrigens Windscheid Pand. §. 474 Anm. 5 a. E.

des Ersteren bestritten werden oder nicht. Heisst es doch bezüglich des interd. de hom. lib. exh. in l. 3 §. 13 h. t.:

Si tamen reus condemnatus malit litis aestimationem sufferre quam hominem exhibere, non est iniquum rell.

Hierdurch ist die Möglichkeit eines 'quanti ea res erit' auch für den Process de hom. lib. exhibendo ausser Zweifel. Die gewöhnliche Erklärung unserer Stelle[1]) ist demnach ungenügend. Vielmehr versagt die actio in l. 13, weil es hier an demjenigen iudicium directum fehlt, ohne welches das quanti ea res erit gerade der actio ad exhibendum nach dem Wesen dieser Klage inhaltslos ist —, während im Falle der l. 12 die uindicatio in libertatem ein solches gewährt[2]).

Auch ein zweites exhibitorisches Interdict, das interd. de tabulis exhibendis, unterscheidet sich dadurch von der actio ad exh., dass bei ersterem die Nothwendigkeit eines iudicium directum wegfällt. Nur der Erbe kann Vorzeigung der tabulae mit der actio durchsetzen l. 3 §. 8 h. t. Ulp.:

Si quis extra heredem tabulas testamenti uel codicillos uel quid aliud ad testamentum pertinens exhiberi uelit, dicendum est per hanc actionem agendum non esse, cum sufficiunt sibi interdicta in hanc rem competentia: et ita Pomponius.

Dass die Existenz der interdicta nicht der Grund der Deficienz der actio sein kann, liegt auf der Hand[3]). Ebenso

---

[1]) Donell. §. 11. Glück IX S. 99. Anders, aber nicht besser Einert p. 168 sq. Das Richtige scheint auch hier zu sehn v. Vangerow a. a. O. Anm. I. Nicht klar Bühler S. 28.

[2]) Schmidt, Interdictenverf. S. 89 Anm. 15, hebt richtig hervor, dass das interd. de hom. lib. exh. nicht unter die rei persecutionem continentia gehöre. Wenn er aber dann in l. 12 und l. 13 eine Verschiedenheit in der Auffassung der Bestimmung der actio ad exh. von Seiten der römischen Juristen findet, so scheint dabei übersehn, dass in l. 13 von einem detentus die Rede ist, dessen Freiheit dem Detinirenden bekannt ist (Schmidt S. 190), während in l. 12 auf die bevorstehende uindicatio in libertatem alles Gewicht fällt.

[3]) In den Worten cum u. s. w. liegt nicht der Grund des Nichtzustehens der actio, sondern vielmehr eine Verweisung des der actio

offen liegt der wahre Grund der Entscheidung. Die tabulae sind zunächst Eigenthum des Testators[1]). In dieses Eigenthum succedirt der Erbe, kann also eine bevorstehende uindicatio in der formula ad exh. designiren. Die übrigen Interessenten können dies nicht und sind eben deswegen auf das Interdict verwiesen.

Endlich ist auch schon früher[2]) ausgeführt worden, dass die Deficienz der actio ad exh. im Falle der l. 3 §. 14 h. t. sich lediglich erklären lässt aus dem Mangel eines zu demonstrirenden iudicium directum.

§. 20.

In rem actiones als iudicium directum.

Auch wenn es nicht besonders berichtet wäre, dass unsere Klage maxime propter uindicationes inducta est, so würde schon ein Blick auf den Kreis ihrer Anwendung in den Quellen sofort lehren, dass die Eigenthumsklage ganz ausser Vergleich den wichtigsten Exhibitionsgrund bietet.

Nicht nur, wo es sich um einen wirklich in Aussicht stehenden Hauptprocess handelt, sondern erklärlicher Weise noch mehr wo geklagt wird ad separandum, tollendum, eligendum, gilt das Gesagte. Andere in rem actiones als die Eigenthumsklage werden als Exhibitionsgrund fast nur erwähnt in Fällen, wo die actio ad exh. als Entschädigungsklage gegen einen dolosen Entäusserer geht.

So die confessoria[3]). Tödtet der Eigenthümer seinen Sclaven, an welchem ein Anderer usus hat, so hat letzterer

---

Entbehrenden auf das interdictum. Es ist deshalb ganz grundlos, wenn man in l. 3 §. 8 den Satz hat finden wollen, die actio ad exh. stehe nur demjenigen zu, der sich nicht durch andere Rechtsmittel helfen könne. So z. B. Thibaut Syst. §. 578. Voet, comm. ad pand. X, 4 c. 1 (schon im summarium 1). Glück, den Thibaut citirt, hat diesen Irrthum nicht.

[1]) l. 3 §. 5 de tab. exh.

[2]) S. oben S. 31 f.

[3]) l. 7 §. 4 de dolo.

actio ex lege Aquilia. Befand sich der usuarius seruus in den Händen des dominus — etwa vor der Uebergabe an den Usuar oder weil sich letzterer mit einzelnen Dienstleistungen begnügte — so erscheint die Tödtung als dolo desinere possidere. Usuar hat daher auch actio ad exh. selbstverständlich mit der confessoria als iudicium directum. Dass die confessoria selbst nicht mit zur Auswahl gestellt ist, findet seine Erklärung, wie schon früher ausführlich entwickelt wurde, in der Ueberflüssigkeit einer über das ganz unbestrittene klägerische Servitutenrecht zu provocirenden pronuntiatio. Ebenso wurde auch schon früher[1]) bemerkt, dass gerade hier die Nothwendigkeit für den Richter, bei der Bemessung des quanti *ea res* erit das Hauptklagerecht zu Grunde zu legen, also auch dasselbe in der formula ad exh. bezeichnet zu bekommen, besonders nahe liegt.

Einigermaassen complicirt stellt sich der Anschlag des klägerischen Interesses, wenn unser Rechtsmittel einem Hypothekengläubiger als Entschädigungsklage dient gegen den Verpfänder, welcher die in seinem Besitz befindliche Pfandsache dolo desiit possidere. Das ist zu entnehmen aus l. 27 de pignor. (Marcellus):

Seruum, quem quis pignori dederat, ex leuissima offensa uinxit, mox soluit, et quia debito non satisfaciebat, creditor minoris seruum uendidit: an aliqua actio creditori in debitorem constituenda sit, quia crediti ipsius actio non sufficit ad id quod deest persequendum? quid si eum interfecisset aut eluscasset? ubi quidem interfecisset, ad exhibendum tenetur: ubi autem eluscasset, quasi damni iniuriae dabimus actionem ad quantum interest, quod debilitando aut uinciendo persecutionem pignoris exinanierit. fingamus nullam crediti nomine actionem esse, quia forte causa ceciderat: rell.

Obgleich Anfangs der Stelle von dem Gegenstande der actio constituenda, im zweiten Theile von dem Gegenstande der damni iniuriae actio die Rede ist — so darf das hier Gesagte doch gewiss auch auf den Gegenstand der für den

[1]) S. 29.

Fall der Tödtung gegebenen Ersatzklage ad exhibendum mit bezogen werden. Hiernach reicht das quanti ea res erit der letzteren so weit, als der Creditor auf dem Wege der Schuldklage nicht Befriedigung findet, wohl aber dieselbe ohne Vernichtung des Pfandobjects aus demselben gefunden haben würde. Es wird, damit jenes quanti ea res Inhalt habe, Insolvenz des Schuldners oder Deficienz der Schuldklage ohne vollständigen Untergang der Forderung[1]) vorausgesetzt.

Dass ferner auch gegen einen nachstehenden Pfandgläubiger, welcher zum Nachtheile eines vorgehenden arglistiger Weise verkauft hat, der Benachtheiligte mit actio ad exh. Entschädigung suchen kann, geht hervor aus l. 1 de distr. pign., in welcher Stelle Papinian unsere Klage nur deswegen versagt, weil der Veräusserer nicht arglistiger Weise, sondern errore ductus verkauft hat, demnach nicht dolo desiit possidere.

Endlich kann auch der Faustpfandgläubiger, welchem der Verpfänder das Pfand ohne geleistete Zahlung abgeschwindelt, sich in Concurrenz mit actio furti und pigneraticia der actio ad exh. bedienen[2]).

Ueberall nun, wo unserer Klage eine in rem actio aus dinglichem Rechte zu Grunde liegt, erhebt sich die Frage, inwieweit die dieses Recht begründenden Thatsachen schon im Momente des Exhibitionsverlangens vorhanden sein müssen. Diese Frage ist um so wichtiger, als in ihrer richtigen Beantwortung die Erklärung für einige wichtige Anwendungsfälle unseres Rechtsmittels zu finden sein wird.

Obwohl, wie früher gezeigt wurde, in der formula ad exh. das designirte iudicium directum in futuro gefasst, die Klage, derentwegen zu exhibiren ist, immer als eine zukünftige erscheint, so wird doch der Richter, welcher nach der iusta ac probabilis causa dieses futurum iudicium sehn soll, eben diese causa in einem gegenwärtig (d. h. zur Zeit des Exhibitionsprocesses) beim Impetranten vorhandenen Rechte

---

[1]) S. Dernburg, Pfandr. II S. 585f. Abweichende Auffassung des Interesses bei der actio furti s. Dernburg ebendas. S. 401.

[2]) l. 3 de pignerat. act.

suchen müssen. Denn das Erwachsen einer in rem actio erst nach der Exhibition als ein blos mögliches, mehr oder minder wahrscheinliches, wird füglicher Weise weder die in der Exhibition liegende Belästigung des Impetraten rechtfertigen, noch allgemeinen Grundsätzen gemäss der Verurtheilung auf quanti ea res zur Grundlage dienen können.

So wird denn in einer Reihe von Stellen die Zuständigkeit der Klage geradezu auf gegenwärtig zustehendes Eigenthum gestellt[1]).

Der Satz, dass das dem iudicium directum zu Grunde liegende Recht zur Zeit des Exhibitionsprocesses existiren müsse, ist aber keineswegs ein ausnahmsloser.

Leicht wird zu erkennen und zu erklären sein, dass auch nach untergegangenem Rechte an der Sache noch actio ad exh. zustehn kann, nämlich gegen denjenigen qui dolo desiit possidere. Ueberdauert ja doch auch das iudicium directum, die uindicatio, solchenfalls das Eigenthumsrecht. Ja es wird auf diese Weise sogar möglich, dass Jemand ad exh. klagen kann, welcher niemals Eigenthümer der betreffenden Sache gewesen ist. So erklärt sich l. 9 §. 4 h. t. (Ulp.):

Marcellus scribit, si tibi decem nomismata[2]) sint sub con-

---

[1]) l. 3 §. 14 ad exh. (abgedr. S. 13.) l. 12 §. 3 eod., wo Paulus die actio ad exh. bezüglich des Specificationsproducts dadurch motivirt, dass er sich zu dem weitgehenden Satze: quod ex re nostra fit, nostrum esse uerius est, bekennt. S. darüber Fitting, die Specification, Arch. f. civ. Praxis Bd. 48 S. 167. 339. In l. 16 de praescr. uerb. (abgedr. S. 20) kann das fructus tollere nicht wie cretam exemptam tollere durch unsere Klage erzwungen werden, weil die noch stehende Frucht nicht Eigenthum des Bebauers geworden; wäre schon percipirt, so fände die Klage statt. In l. 15 de cond. dat. c. n. 5. kann Labeo nicht der Meinung gewesen sein, dass condicirt und auch ad exh. geklagt werden könne, sondern er wird letztere Klage empfohlen und damit erstere verworfen haben. Letzteres scheint dem Proculus zu weit gegangen; er stellt die Sache auf die in concreto zu beantwortende Frage: hat Eigenthum am seruus übertragen werden sollen oder nicht? Dass nur im letzteren Falle die actio zustehe, ist Allen gewiss. S. endlich l. 9 §. 3 de iur. dot. (über die Stelle s. o. S. 75 f.).

[2]) Individuelle Geldstücke l. 28 de usufr. Actio ad exh. auf nummi l. 33 depos. abgedr. o. S. 74.

dicione legata et mihi decem usus fructus pure, deinde heres pendente conditione non exacta cautione decem fructuario soluerit, ad exhibendum eum actione teneri, quasi dolo fecerit quo minus possideret: dolus autem in eo est, quod cautionem exigere supersedit a fructuario effectumque, ut legatum tuum euanesceret, cum iam nummos uindicare non possis. ita demum autem locum habebit ad exhibendum actio, si condicio extiterit legati. potuisti tamen tibi prospicere stipulatione legatorum et, si prospexisti, non erit tibi necessaria ad exhibendum actio. si tamen ignarus legati tui a fructuario satis non exegit, dicit Marcellus cessare ad exhibendum, scilicet quia nullus dolus est: succurrendum tamen legatario in factum aduersus fructuarium actione ait.

Hier könnte es auf den ersten Blick scheinen, als wenn actio ad exh. ohne zu Grunde liegendes Vindicationsrecht gegeben wäre. Allein, wie schon die Glosse richtig erkennt, bezieht sich das 'cum iam nummos uindicare non possis' nur darauf, dass gegen den Ususfructuar, welcher die nummi consumirt oder mit seinem Gelde vermischt hat, Legatar keine Vindication hat. Wohl aber steht auch nach Consumtion der nummi gegen den Erben selbst dem Legatar conditione legati existente ein Vindicationsrecht zu. Hätte der Erbe nicht dolos sich des Besitzes entäussert, so würde allerdings unverschuldeter Untergang der legirten Sache bewirkt haben, dass conditione existente der Legatar ohne Vindicationsrecht gewesen, das Legat wirkungslos geblieben wäre.

Nachdem aber der Erbe dolo des. poss., so wird nicht nur cond. leg. exist. ihm gegenüber die Entstehung des Vindicationsanspruchs nicht verhindert[1]), sondern derselbe ist nun auch ganz unabhängig davon, ob die legirte Sache noch existirt oder nicht. Auch die Worte 'ut legatum tuum euanesceret' sind also nur so zu verstehn, dass eine Vindication der nummi gegen den Ususfructuar nicht zusteht. Wohl aber gelangt das Legat cond. exist. zur Wirkung in Gestalt einer

---

[1]) l. 69 §. 1 de leg. I.

gegen den Erben als fictus possessor stattfindenden, materiell den Character einer Entschädigungsklage tragenden Vindication. Auf sie kann nun actio ad exh. gebaut werden und zwar sehr zweckmässiger Weise, da der ganze Thatbestand des Falles als unbestritten angenommen erscheint. Kernpunct der ganzen Entscheidung ist der Ausspruch, dass in der Ausantwortung der nummi an den Ususfructuar ohne Caution ein dolo desinere possidere zu finden sei[1]).

Wovon wir bei Besprechung der Stelle ausgingen, so liegt in ihr ein Fall vor, wo Jemand, der keinen Moment Eigenthümer einer Sache gewesen ist[2]), doch ihre Exhibition verlangen kann. Er kann es aber auch hier nur deshalb, weil er trotz alledem sich in der formula ad exh. bezeichnen kann als uindicaturus.

§. 21.

Exhibition auf Grund zukünftigen ius in re. Actio ad eligendum.

Auf einer zweiten Ausnahme von dem Satze, dass das dem iudicium directum zu Grunde liegende Recht zur Zeit des Exhibitionsprocesses existiren muss, beruhen zwei wichtige Anwendungsfälle der actio ad exh., nämlich ihre Function ad eligendum und ad separandum. In beiden Anwendungsfällen gründet sich nämlich der Exhibitionsanspruch auf ein zukünftiges, im Momente der Klaganstellung noch nicht vorhandenes Vindications-, bezw. Eigenthumsrecht.

Wir haben gesehn, dass ungeachtet der als *futura* designirten directa actio doch der iudex ein Substrat für Bejahung eines 'actoris interest' regelmässig nicht in der blossen Mög-

---

1) Bezüglich der am Schlusse der Stelle gegebenen in factum actio s. Schmidt, Grundlehren der Cess. I S. 501 f. und Elvers, Servitutenlehre II S. 587 ff.

2) Vor der Existenz der Bedingung nicht, l. 1 §. 4 de SC. Silan. l. 12 §. 5 de usufr. Fitting, Rückziehg. S. 37 f. — nach der Existenz der Bedingung nicht, da die legirte Sache untergegangen ist.

lichkeit oder Wahrscheinlichkeit des Erwachsens eines Hauptklagrechts finden kann, vielmehr gegenwärtiges Vorhandensein der causa actionis propter quam exhibetur verlangen muss. Wie aber dann, wenn alle Voraussetzungen des directum iudicium gegenwärtig vorliegen mit Ausnahme einer einzigen, diese einzige fehlende Voraussetzung aber gerade durch die Exhibition herbeigeführt werden wird? Dann ist trotz gegenwärtiger Nichtcompetenz der directa actio doch das Interesse des Klägers an der Exhibition mit Bezug auf ein bestimmtes Klagrecht ausser allem Zweifel; es ist nach allgemeinen Principien der Causalzusammenhang Behufs eines 'nisi exhibeat, quanti ea res erit, condemna' vollkommen vorhanden.

Beobachten wir dieses Princip[1]) in seinen Anwendungen. Am unzweifelhaftesten zeigt es sich in der actio ad exh. des Legatars bei optio legata l. 3 §. 6 ad exh. (Ulp.):

> Item si optare uelim seruum uel quam aliam rem, cuius optio mihi relicta est, ad exhibendum me agere posse constat, ut exhibitis possim uindicare[2]).

Das 'uindicare' am Ende der Stelle braucht zwar nicht gerade als eine Eigenthumsklage verstanden zu werden, sondern kann das Wählen und das Nehmen des Gewählten bedeuten[3]), wie denn optare und uindicare ganz promiscue gebraucht werden[4]). Allein es bezeichnet doch nur dann das factische Entgegennehmen, wenn hinter diesem ein gerichtliches uindicare steht. Dieses uindicare wird nun eben, wie auch das factische Nehmen, erst möglich durch die Vorweisung. Denn wohl kann das Recht des Legatars schon vor der optio als erworben gelten[5]), allein Eigenthumsrecht und somit uindicatio kann erst durch die getroffene Wahl erwach-

---

[1]) Es ist das Verdienst Donell's l. XX c. IX §. 13. 14 (vol. XIII p. 74 sq. Kön.), diesen Gedanken klar ausgesprochen zu haben. Unfruchtbarer Streit, ob hier noch von präparatorischer Function der Klage die Rede sein könne, bei Einert §. 28.

[2]) l. 3. 4. 8 §. 3 de opt. leg. l. 2 §. 1 de trit. leg. l. 10 ad exh.

[3]) Siehe indessen unten Anm. 1 S. 100.

[4]) l. 6. 10 de opt. leg. oder auch petitio l. 8 pr. eod.

[5]) c. 3 pr. commun. de leg. §. 23 J. de leg.

sen[1]). Zweifellos wird also ad exhibendum diesfalls geklagt auf Grund eines erst in Folge des geschehenen exhibere erwachsenden Vindicationsrechtes.

Nicht anders ist es im Falle des §. 10 derselben l. 3 ad exh.[2]).

Wir dürfen uns durch die Anfangsworte 'plus dicit' nicht zu der Annahme verleiten lassen, dass der in §. 10 enthaltene Ausspruch Julians über das in §. 6 Gesagte, wahrscheinlich dem Pomponius Entnommene, besonders weit hinausginge. Denn das Neue liegt nicht etwa in dem 'etsi uindicationem non habeam' — das trifft ja, wie gezeigt wurde, im Falle des §. 6 ebenfalls zu, auch dort kann erst 'exhibitis' vindicirt werden — der Unterschied liegt nur darin, dass in dem einen Falle das optare mit dem uindicare als zusammenfallend gedacht werden kann, da eine und dieselbe Person, nämlich der Legatar, optat und uindicat, während im andern Falle beide Handlungen in zeitlicher Aufeinanderfolge, weil von verschiedenen Personen ausgehend erscheinen.

Allein uindicaturus — und das ist das Entscheidende — ist Legatar auch im zweiten Falle — et sic uindicem — und zweifelhaft könnte nur sein, ob nicht die Nothwendigkeit der Wahlerklärung des Dritten, als einer ausser dem Willen des Legatars liegenden Thatsache, etwa eine verschiedene Behandlung dieses Falls begründen müsste. Das ist nun mit Recht verneint. Die Frage ist: lässt sich sagen, dass bei gewährter Exhibition uindicatio zustehn wird — oder mit andern Worten, dass Verweigerung der Vorweisung im Causalzusammenhange stehn würde mit dem Verluste des Vindicationsrechts als lucrum cessans? Das ist nun zu bejahen ganz nach denselben Grundsätzen, welche überhaupt in der Lehre vom Interesse gelten. Ebensowenig als im Falle des §. 6 auf die Möglichkeit, dass Legatar selbst die Gelegenheit zum Erwerbe nicht benutzen würde, kann im Falle des §. 10 Rücksicht auf die Möglichkeit genommen werden, dass etwa der dritte

[1]) l. 20 de opt. leg.
[2]) Abgedruckt S. 38.

Wahlmann, Titius, die Wahl versagen könnte. Denn diese Voraussetzung wäre gerichtet auf Eintreten eines aussergewöhnlichen Ereignisses [1]) und in diesem Sinne nicht geeignet, den Causalzusammenhang zwischen Exhibitionsweigerung und Verlust des Vindicationsrechts auszuschliessen [2]). Nach Justinianischem Rechte und nach der Ansicht auch schon mancher ueteres würde ja auch nicht einmal Nichtvornahme der Wahl durch den Dritten als Hinderniss für das Vindicationsrecht des Legatars in Betracht kommen [3]). Und selbst nach der strengeren Meinung anderer ueteres, dass, im Falle der Dritte nicht wählt, das Optionslegat wirkungslos ist, hätte man dem Exhibitionsbeklagten allerhöchstens das Recht gewähren können zu verlangen, dass vor der Exhibition die Erklärung des Wahlmannes, wählen zu wollen, beigebracht werde.

Erklärt sich somit die Anwendbarkeit der actio ad exh. Behufs Realisirung eines Wahllegats vollständig aus dem oben ausgesprochenen Principe, so besteht nun allerdings bei dieser Anwendung des Rechtsmittels die Eigenthümlichkeit, dass das bevorstehende iudicium directum und das Exhibitionsverlangen sich in Bezug auf ihr Object nicht decken, letzteres Verlangen auf mehrere Sachen geht, von denen doch sicherermaassen nur Eine vindicirt werden kann. Diese Eigenthümlichkeit kann aber keineswegs befremden. Denn jedes der Wahlstücke ist der optio und somit der uindicatio unterworfen. Der Berechtigte kann zwar nur Ein Stück vindiciren, allein er ist doch bezüglich aller uindicaturus, indem es nur von seinem oder des Titius Willen abhängt, welche Sache er vindiciren wird. Wird ihm die Exhibition auch nur Eines der Wahlstücke verweigert, so wird er in der Ausübung seines Vindicationsrechts gehindert, und für das quanti ea res erit der actio ad exh. ist Grund und Boden vorhanden. Denken wir uns die Formel etwa in dem Sinne:

homines Stichum, Pamphilum, quorum quem (Titius)

---

[1]) Mommsen, Interesse S. 176.
[2]) Cohnfeld, Interesse S. 153 d.
[3]) c. 3 §. 1 commun. de legat.

optauerit A^s. A^s. uindicaturus est, q. d. r. a., nisi N^s. N^s. arb. tuo exhibeat, quanti ea res erit, N^m. N^m. A^o. A^o. c. s. n. p. a. — so findet gewiss der Klaganspruch seinen genauen Ausdruck und die Formel schliesst sich in dieser Anwendung ganz leicht an diejenigen der übrigen Anwendungsfälle an[1]).

Grundlos, und auf einer falschen Auffassung des §. 10 cit. beruhend, ist die Behauptung Einerts[2]), dass in der Anwendung zur Ermöglichung einer Wahl unsere Klage kein iudicium directum voraussetze, also z. B. auch vom Erben selbst angestellt werden könne, etwa im Falle 'si legatus esset seruus, quem optasset legatarius e familia heredis aut extranei, puta Titii'.

Es bedarf auch ferner keiner weiteren Ausführung, dass nach dem Inhalt der behandelten Stellen nur wo durch Ausübung der Wahl für den Wählenden Eigenthum oder sonst ein dingliches Recht entsteht, actio ad exh. statthaft ist[3]).

§. 22.
Fortsetzung. Actio ad separandum.

Die zweite Anwendung der actio ad exh. auf Grund eines gegenwärtig noch nicht vorhandenen, sondern erst in Folge der Exhibition entstehenden Vindicationsrechtes findet statt, wenn mit unserm Rechtsmittel auf Trennung verbundener Sachen geklagt wird. Es muss uns die Erörterung dieser Function der actio zu der ebenso bestrittenen als schwierigen Frage führen, welchen Einfluss trennbare Verbindung mehrerer verschiedenen Eigenthümern gehöriger Sachen auf die

[1]) Vielleicht weist auf das Vorkommen der uindicatio in der Formel hin, dass sowohl in §. 6 als in §. 10 die Zuständigkeit der actio gestellt ist auf das 'ut exhibitis possim uindicare' bezw. 'ut Titius optet, et sic uindicem'.

[2]) §. 45. E. findet überhaupt in dieser Anwendung der Klage allerlei Besonderes: Quamuis autem haec species actionis uario respectu, causa et consilio diuersissima sit a praeparatoria illa, quam supra pertractauimus, ad exhibendum actione rell.

[3]) Bühler S. 24 will, auch wenn die Wahl einer Species fremder (nicht dem Testator oder Erben gehöriger) Sachen vermacht ist, die Klage zulassen.

Eigenthumsverhältnisse hat[1]). Wie die richtige Entscheidung dieser Frage wesentlich ist für die richtige Erkenntniss der betreffenden Function unseres Rechtsmittels, so muss aber auch umgekehrt Erkenntniss des Wesens der actio ad exhibendum gewonnen sein, um eines der wichtigsten, ja unseres Erachtens das durchschlagende Argument in dieser Controverse richtig würdigen zu können. So führt Baron[2]) unter den Argumenten für seine Meinung an, dass die a. a. e. nur die Vindication eines bestehenden Eigenthums ermöglichen solle — eine Behauptung, deren Unrichtigkeit nach den Ausführungen unseres vorigen §. keines Beweises mehr bedarf. An einer andern Stelle[3]) meint derselbe Schriftsteller: „Um der actio ad exh. willen, eines rein processualischen Instituts, lohnte es sich wahrlich nicht, die uniuersitas rer. cohaer. der un. rer. distant. entgegenzusetzen und sie ganz wie die res singularis juristisch zu behandeln". Auch was es mit dieser vermeintlichen rein processualischen Bedeutung der actio auf sich hat, dürften die Ausführungen des dritten Capitels dargethan haben. Uebrigens pflegten bekanntlich auch in processualischen Dingen die Römer die Begriffe nicht auf den Kopf zu stellen.

Entweder es gilt der Satz: es giebt bei zusammengesetzten Sachen, so lange die trennbare Verbindung dauert, nur Eigenthum am Ganzen, der verbundene Theil hört auf

---

[1]) Die neuesten Behandlungen dieser Frage s. bei Girtanner in den Jahrbb. f. Dogmatik III S. 154 ff.; Baron, Gesammtrechtsverhältnisse S. 28 ff.; Bechmann, zur Lehre vom Eigenthumserwerb durch Accession und von den Sachgesammtheiten S. 41 ff.; Göppert, über einheitliche u. s. w. Sachen S. 82 ff. u. a. O. Göpp. schliesst übrigens gerade die für uns wichtige Frage — „ob in der Zwischenzeit das Eigenthum der sog. accessio nur ruht oder als untergegangen zu bezeichnen ist" — von seiner Erörterung aus (S. 84). Richtig m. Er. bemerkt G., dass die Theorie der tria genera corporum in keinem unmittelbaren Zusammenhange steht mit der Vorstellung vom Object dinglicher Rechte (S. 71 f.). Mit letzterer Vorstellung haben wir es bei unserer Untersuchung aber gerade zu thun. Vgl. ferner die Lehrbücher von Brinz I §. 51 und Windscheid §. 188 Anm. 7 §. 189 Anm. 4.

[2]) a. a. O. S. 45.

[3]) a. a. O. S. 29.

Rechtsobject zu sein, so dass derjenige, dem die Theilsache vor der Verbindung gehörte, durch letztere sein Eigenthum verloren und erst durch Trennung wieder zu erwerben die Aussicht hat; — dann erscheint die actio ad exh. auf Separation als ein der Vindication der Theilsache nothwendig vorauszuschickendes Rechtsmittel, gegründet auf die zukünftige Vindication als iudicium directum. Oder das Eigenthum an den verbundenen Theilen bleibt durch die Verbindung unverändert — mag man nun dem Eigenthümer des Ganzen an den Theilen auch Eigenthum zuschreiben oder nicht —; dann erwächst die Frage, warum der Eigenthümer der verbundenen Theilsache dieselbe nicht sofort vindiciren kann, warum er erst ad exhibendum klagen muss[1]). Wenn die Quellen nur sagten, dass er ad exh. klagen könne, so wäre dies nicht nur mit der Annahme fortdauernden Eigenthums an der verbundenen Sache vereinbar, sondern auch vom practischen Standpuncte sehr naheliegend, da gewiss in vielen Fällen die Thatsache, dass eine Sache des Klägers mit der des Beklagten verbunden worden ist, ausser Streit liegt. Allein die Nothwendigkeit der actio ad exh. Behufs Ermöglichung der uindicatio muss bei der Annahme fortdauernden Eigenthums die schwersten Bedenken erregen.

Diese richtige Consequenz zieht denn auch Girtanner[2]). Er bemerkt auch ganz richtig, dass eine Erklärung, welche hergenommen werden sollte von der nothwendigen Gegenwart des Vindicationsobjects im Legisactionenprocesse, ungenügend wäre. Ganz abgesehn davon, dass, wenn der Ring in iure befindlich, doch auch zugleich die in denselben eingefügte gemma zugegen ist, einem 'hanc gemmam meam esse aio' demnach von dieser Seite her Nichts entgegenstünde, — ganz abgesehn ferner von der Frage, ob die actio ad exh. in die Legisactionenzeit zurückreicht[3]), — so würde man doch bei der Annahme, dass die Versagung der Vindication ohne

[1]) l. 6 ad exh. l, 23 §. 5 de r. u.
[2]) S. 168 a. a. O.
[3]) S. darüber unten §. 52.

vorhergehende Trennung durch die ganze Zeit des Formularverfahrens gedankenlos conservirt worden sei, wirklich dem „Gesetze der Trägheit“ zu viel Gewicht einräumen[1]). Ebensowenig fehlt es vor der Trennung an der facultas restituendi. Girtanner sieht sich daher genöthigt, das Nichtzustehn der uindicatio vor geschehener Trennung auf das 'quanti ea res est' der petitoria zu stellen, indem er ausführt, dass die Eigenschaft der Sache als Theil einer andern und gerade dieser andern von Einfluss sein müsse auf den Anschlag jenes 'quanti ea res est'.

Dieser Erklärungsversuch scheitert indessen, ohne dass wir dem Gedanken weiter nachzugehen brauchen, sofort daran, dass ja auch die actio ad exh. in ihrer condemnatio das 'quanti ea res' hat. Was also nach Girtanner die uindicatio unmöglich macht, müsste auch schon die actio ad exh. ausschliessen.

Da somit sämmtliche andern Erklärungen der Nichtzuständigkeit der Eigenthumsklage vor geschehener Trennung sich als unhaltbar zeigen[2]), so gelangen wir mit Nothwendigkeit zu der von vornherein bei Weitem nächstliegenden Annahme, dass die Ausschliessung der uindicatio beruht auf dem Nichtzutreffen der Intention 'eam rem A^i. A^i. esse' vor geschehener Trennung. Wohl aber trifft auch schon vor der Trennung zu das 'A^s. A^s. rem uindicaturus est' der formula

[1]) „Kann ein Ding sofort mit den Händen ergriffen und vor den Praetor geschleppt werden, oder kann es dies nicht? — Die Quellen verweigern im ersten Falle die rei uindicatio und verlangen die vorhergehende Anstellung der actio ad exh., im zweiten Falle lassen sie die rei uindicatio sofort zu.“ Baron a. a. O. S. 29. Wo steht ein Wort im corpus iuris, dass man Sachen um sie zu vindiciren vor den Praetor schleppen muss? Auch Pagenstecher, Eigenth. I S. 99, meint bezüglich der actio ad separandum, hier müsse man nur an die wörtliche und thätliche uindicatio des alten römischen Processes denken. Aehnlich auch Brinz S. 461.

[2]) Unklar bleibt, was Bechmann im Auge hat bei der Bemerkung S. 43: „Dass er als solcher (gegenwärtiger Eigenthümer der verbundenen Sache) nicht sofort vindiciren kann, sondern erst die präparatorische actio ad exh. anstellen muss, beruht lediglich auf formellen Gründen.“

ad exh., und ebenso unser oben entwickeltes Princip: wo zur Existenz des als iudicium directum zu designirenden Klagrechts alle andern Voraussetzungen vorliegen, als die einzig fehlende Voraussetzung nur die Exhibition selbst erscheint, da hat der iudex auf Exhibition zu sprechen.

Wer aber nicht sagen kann: res mea est, auf wen die Intention si paret eam rem A^i. A^i. esse nicht passt, der ist nicht Eigenthümer der Sache[1]). Gerade einer der letzten Vertheidiger der Fortdauer des bisherigen Eigenthums an der verbundenen Sache, hebt mehr als einmal hervor[2]), dass „hinter der actio steht (wie Keller einmal Bachofen gegenüber bemerkt hat) das juristische Princip als ihre Grundlage". Wenn nun aber demjenigen, dessen gemma im fremden anulus ist, die uindicatio abgesprochen wird — ohne dass, wie nachgewiesen wurde, irgend ein anderer plausibler Grund als das versagende rem A^i. A^i. esse aufzutreiben wäre — warum soll da nicht auch hinter der actio das juristische Princip als ihre Grundlage stehn? Auch hier müssen wir aus mangelnder Vindication auf mangelndes Eigenthum schliessen.

Unseres Erachtens würde die aus der besprochenen Anwendung unserer Klage herzunehmende Argumentation schon allein vollen Beweis machen für den Satz, dass die römische Jurisprudenz durch die Verbindung das Eigenthum an der verbundenen Nebensache vor der Hand untergehn und erst in Folge der Abtrennung des verbundenen Theiles vom Ganzen wieder aufleben lässt.

Da indessen auch umgekehrt, wenn jener Satz sich anderweitig darthun lässt, aus ihm ein Beweis zu gewinnen ist für die Richtigkeit unserer Auffassung des Wesens der actio ad exh. in ihrer Function ad separandum, so möge im folgenden Paragr. der Versuch gemacht werden, namentlich den neuesten Vertheidigern der entgegengesetzten Meinung gegenüber obigen Satz ins Licht zu stellen.

---

[1]) Non uidetur suum esse quod uindicari non potest l. 27 §. 2 de aur. leg.

[2]) Baron S. 43. 33 Anm. 1.

§. 23.

Fortsetzung. Einfluss der mechanischen Verbindung fester Sachen auf die Eigenthumsverhältnisse.

Wir beginnen sofort mit der Behandlung der Hauptstelle für diese Lehre, der l. 23 de R. U. von Paulus. Diese Stelle genügt aber auch unseres Erachtens, um zur vollen Klarheit über die Auffassung der römischen Jurisprudenz zu gelangen. Nur darf man die Stelle nicht, wie es ganz gewöhnlich geschieht, in lauter kleine Stücke zerreissen, sondern es handelt sich darum, den Gedankenzusammenhang der Paulinischen Deduction nicht aus dem Auge zu verlieren.

An der Spitze das Princip:

> In rem actio competit ei, qui aut iure gentium aut iure ciuili dominium adquisiit.

Der ganze übrige Theil der Stelle ist nun bestimmt, diesen einfachen Satz: vindiciren kann, wer Eigenthümer ist — zu illustriren. Schon aus diesem Grunde dürfen wir mit Sicherheit erwarten, dass, wo die Vindication versagt wird, damit zugleich Eigenthum abgesprochen wird, und umgekehrt.

In §. 1 die erste Anwendung:

> Loca sacra, item religiosa quasi nostra in rem actione peti non possunt.

Weil man an solchen Sachen nicht Eigenthum erwerben kann, kann man nicht sagen nostra sunt, nicht vindiciren.

Hingegen (§. 2):

> Si quis rei suae alienam rem ita adiecerit, ut pars eius fieret, ueluti si quis statuae suae bracchium aut pedem alienum adiecerit, aut scypho ansam uel fundnm, uel candelabro sigillum, aut mensae pedem, dominum eius totius rei effici uereque statuam suam dicturum et scyphum plerique recte dicunt.

Also wiederum dieselbe Logik; der Eigenthümer der Bildsäule, des Bechers ist Eigenthümer des Ganzen, kann also vom Ganzen sagen meum est, dasselbe vindiciren. Noch ist Nichts gesagt, ob Eigenthum an der verbundenen Sache als

besonderem Eigenthumsobjecte fortbesteht und ob ein solches Sondereigenthum dem bisherigen Eigenthümer derselben zusteht oder nicht. Es wäre das bisher von Paulus Gesagte mit der Anschauung von einem Eigenthum am Ganzen zugleich mit fortdauerndem Sondereigenthum an der verbundenen Sache allenfalls noch verträglich.

Sehn wir zu, ob uns §. 3 weiter bringt:

> Sed et id, quod in charta mea scribitur aut in tabula pingitur, statim meum fit: licet de pictura quidam contra senserint propter pretium picturae: sed necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest.

Hier wird gesagt, dass auch das Verbundene, das auf der Tafel befindliche Gemälde, die Schrift 'statim meum fit'. Und da nun dieser Ausspruch sich durch 'sed et' an den vorhergehenden anschliesst, also nur als weitere Anwendung desselben Gedankens hingestellt wird, so ist nicht zu zweifeln, dass auch bracchium statuae, ansa scyphi, sigillum candelabri, pes mensae durch die Verbindung statim mea fiunt.

Wenn nun Paulus in §. 4 fortfährt:

> In omnibus igitur istis, in quibus mea res per praeualentiam alienam rem trahit meamque efficit, si eam rem [1]) uindicem, per exceptionem doli mali cogar pretium eius quod accesserit dare —

so müssen die Worte in omnibus igitur istis, in quibus rell. mit Nothwendigkeit nicht nur auf die Fälle des §. 3, sondern auch auf die des §. 2 bezogen werden. Dies ergiebt sich schon aus der ganzen Satzverbindung. Aber auch daraus, dass der Ausspruch des §. 4, dem Vindicanten stehe exceptio doli in dem angegebenen Sinne entgegen, doch zweifellos für alle die in §. 2 und 3 gesetzten Fälle gilt und ausgesprochen sein soll. Unhaltbar ist somit die Behauptung von Bechmann[2]), es liege in den Worten 'in omnibus igitur istis' rell. gar kein kategorischer, sondern ein hypothetischer Satz

---

[1]) d. h. das Ganze und damit auch den verbundenen Theil.

[2]) S. 46.

vor, indem Paulus dabei nur an solche Fälle denke, wo, wie in den Beispielen des §. 3, die verbundene Sache ihre Existenz definitiv eingebüsst habe.

Es ist deshalb der juristische Vorgang 'mea res per praeualentiam rem alienam trahit meamque efficit' — auch auf die Verbindungsfälle des §. 2 mit zu beziehn. Diese Beziehung des Ausspruchs in §. 4 auf alle Fälle, sowohl die des §. 2 als 3, fühlt richtig heraus und giebt auch zu ein zweiter Gegner unserer Ansicht Baron[1]), er sucht sich aber durch das höchst gewaltsame Mittel zu helfen, dass er statt meamque lesen will meamue, und dann die Worte per praeualentiam trahit auf die Fälle des §. 2, das Erzeugniss seiner Conjectur hingegen auf die Fälle des §. 3 bezogen wissen will. Allein diese Textesänderung würde, wenn sie überhaupt irgend angezeigt wäre, schon daran scheitern, dass das dem 'per praeualentiam trahi' vollkommen gleichbedeutende 'ei rei cedi, quod sine illa esse non potest' gerade von den Fällen des §. 3 gesagt wird.

Welche Tragweite hat aber nun das 'meum fit', das 'rem trahi meamque effici'? Es ist eine ganz richtige Bemerkung von Bechmann[2]), dass der Ausdruck meum est, wenn er das rechtliche Verhältniss einer Person zu einer Sache ausdrückt, in der Sprache unserer Quellen (so auch in unserer heutigen Rechtssprache) keineswegs immer die Existenz eines besonderen Eigenthumsrechts der Person an der Sache bezeichnet. Es kann vielmehr damit auch bezeichnet werden sollen, dass die Sache zu einer mir gehörigen Sache als Theil hinzugehört[3]).

So geschieht es nun von Paulus in unserer Stelle.

Es kann nicht bezweifelt werden, dass der Jurist mit seinem 'meum fit quod scribitur, rem alienam trahi meamque effici' zunächst gar nichts Anderes sagen will, als was er in §. 2 so ausgedrückt hat: dominum totius rei effici uereque statuam suam dicturum et scyphum. Die Frage, die er ent-

---

[1]) a. a. O. S. 44.

[2]) a. a. O. S. 25 f.

[3]) „Mein“ ist der Baum in meinem Garten.

scheiden will, ist nur die: kann das Ganze inclusive der verbundenen Sache vindicirt werden?

Also von einem Eigenthumsrecht an der verbundenen Sache, welches unterschieden wäre vom Eigenthum am Ganzen, von einer Auffassung der Theilsache als besonderes Eigenthumsobject, ist auch in §. 3 und 4 noch nicht die Frage.

Wohl aber kommt auf die Frage nach einem besonderen Eigenthnmsrecht an der verbundenen Sache Paulus zu sprechen in den nun folgenden Worten des §. 5:

> Item quaecumque aliis iuncta siue adiecta accessionis loco cedunt, ea quamdiu cohaerent dominus uindicare non potest, sed ad exhibendum agere potest, ut separentur et tunc uindicentur.

Auf denselben Gedanken, auf welchem die Zuständigkeit der uindicatio des Ganzen beruht, nämlich auf das accessionis loco cedere — gründet der Jurist die Nichtzuständigkeit der uindicatio der verbundenen Sache von Seiten ihres früheren Eigenthümers.

Also nicht nur kann

1) der Eigenthümer der Hauptsache das Ganze vindiciren, sondern

2) so lange die Verbindung dauert, kann der verbundene Theil von Niemand vindicirt werden, d. h. es giebt 'quamdiu cohaerent' kein Eigenthumsrecht an der Theilsache für einen Zweiten.

Nun wird aber von den Gegnern gerade auf obige Worte des §. 5 Gewicht nach umgekehrter Richtung hin gelegt, weil hier der Eigenthümer der verbundenen Nebensache als gegenwärtiger dominus bezeichnet werde[1]).

Allein bekanntlich wird in §. 7 derselben Stelle[2]) der Eigenthümer verbauter Materialien *prior* dominus genannt, woraus hervorgeht, dass auf die Ausdrucksweise des Juristen in diesem Puncte kein Gewicht zu legen ist. Wenn wir übrigens die Goldwage gebrauchen wollten, so liegt es doch

---

[1]) S. namentlich Bechmann a. a. O. S. 43.

[2]) S. gleich unten.

weit näher Einen, der jetzt zwar nicht Eigenthümer ist, es aber war und wieder sein wird, dominus schlechthin zu nennen[1]), als Einen, der jetzt wirklich Eigenthümer ist, prior dominus — und insofern wäre dann aus dem 'prior dominus' des §. 7 mehr zu schliessen, als aus dem 'dominus' des §. 5[2]).

An die bisher betrachteten Worte des §. 5 knüpft sich unmittelbar an die Erwähnung einer Ausnahme von dem eben in diesen Worten Gesagten:

> Scilicet excepto eo, quod Cassius de ferruminatione scribit. dicit enim: si statuae suae ferruminatione iunctum bracchium sit, unitate maioris partis consumi et quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. non idem in eo quod adplumbatum sit, quia ferruminatio per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit.

Wovon findet die Ausnahme statt? Von dem 'ad exhibendum agere potest ut separentur et tunc uindicentur'. Das geht aus dem Satzbau zweifellos hervor, und daran ist vor Allem festzuhalten. Weil bei der ferruminatio nicht ein blosses per praeualentiam trahi, nicht ein blosses rei cedere, sondern ein unitate maioris partis *consumi* eintritt, kann die pars consumpta ad priorem dominum non redire. Der so verbundene Arm hat nicht nur für die Dauer der Verbindung, sondern für immer aufgehört, als eine selbständige

---

[1]) Zumal unter der Hinzufügung, dass er nicht sofort vindiciren könne. —

[2]) Mit ungleichem Maasse misst Bechmann a. a. O., der S. 43 sagt: „Man wird nicht vergessen dürfen, dass der Sprachgebrauch der römischen Juristen nicht immer ein sehr strenger ist, und man wird namentlich hier, wo sich verschiedene Gesichtspuncte kreuzen, nicht jedes Wort gerade auf die Wagschaale legen oder aus verschiedenartigen Ausdrücken gleich auf entgegengesetzte Ansichten schliessen dürfen." Gewiss richtig. Dann darf man aber auch nicht auf das 'dominus' des §. 4 entscheidendes Gewicht legen (S. 43) und dann weiter unten (S. 46) sagen: „Will man aber ferner geltend machen, dass der nämliche Paulus in l. 23 §. 7 vom prior dominus spricht, so könnte man ein solches exegetisches Verfahren doch beinahe auch als eitel Wortklügeln bezeichnen" — u. s. w.

Sache zu existiren. Der Satz 'et quod semel rell.' drückt nur mit andern Worten die Wirkung des 'consumi', die characteristische Wirkung der ferruminatio aus. Dieser Satz kann unmöglich sagen sollen, es gebe überhaupt kein ad priorem dominum redire. Denn es soll ja eben ausnahmsweise für den Fall der ferruminatio keins geben. Dass bei der adplumbatio der Satz: 'quod semel rell.' — nicht gilt, dass im Falle solcher Verbindung der wiedergelöste Theil ad priorem dominum redit, mit andern Worten, bei fortdauernder Verbindung zwar nicht vindicirt, aber ad exhibendum geklagt werden kann, das geht doch aus dem ganzen Gedankenzusammenhang mit Nothwendigkeit hervor [1]).

Es kann somit nur als ein Fehlschluss bezeichnet werden, wenn behauptet wird, Paulus erkläre in dem Satze: quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse — jedes Wiederaufleben einmal untergegangenen Eigenthums für unstatthaft [2]) — die actio ad exhib. könne nach dem Ausspruche des Paulus nie die Wirkung haben, Wiederherstellung des Eigenthums anzubahnen [3]).

Der nächste auf die bei definitiv untergegangenem Eigenthum zustehende actio in factum bezügliche Satz der l. 23 kann für unsere Erörterung füglich ausser Betracht bleiben.

Wenn aber noch irgend etwas zum Beweise für unsere Auffassung des Paulinischen Dogma fehlen sollte, so würde die weitere Fortsetzung der Deduction jedenfalls den Ausschlag geben:

---

[1]) Siehe über die Technik des ferruminare und adplumbare die gründliche Auseinandersetzung von Göppert, über die Bedeutung von ferruminare u. s. w.

[2]) Bechmann a. a. O. S. 43 a. E. Streng genommen — wir legen darauf kein entscheidendes Gewicht — passt auch das Wort abruptum nicht für andere Verbindungsfälle z. B. für den Arm, der mit Stift angefügt wurde.

[3]) Baron a. a. O. S. 45. Es heisst nicht nur „bei Gelegenheit" der ferruminatio, sondern es heisst ausnahmsweise von der ferruminatio: quod semel u. s. w. Vorgänger in dieser u. E. irrigen Auffassung unserer Stelle ist unter andern auch Girtanner a. a. O. S. 166f.

At in his corporibus, quae ex distantibus corporibus essent, constat singulas partes retinere suam propriam speciem, ut singuli homines, singulae oues: ideoque posse me gregem uindicare, quamuis aries tuus sit immixtus: sed et te arietem uindicare posse. quod non idem in cohaerentibus corporibus eueniret: nam si statuae meae bracchium alienae statuae addideris, *non posse dici bracchium tuum esse,* quia tota statua uno spiritu continetur.

Paulus ist von dem Principe bei seiner Erörterung ausgegangen: die uindicatio steht demjenigen zu, der Eigenthümer ist (pr. der l. 23). In §. 2 ist er auf zusammengesetzte Sachen gekommen, und hat, immer im Interesse der Frage: wer kann vindiciren? den Einfluss der Verbindung auf das Eigenthumsverhältniss behandelt. Im vollen Flusse der Durchführung seines Princips wendet sich nun der Jurist unter scharfer Bezeichnung des Gegensatzes des nun Folgenden vom Vorhergehenden (at) den sog. uniuersitates rerum distantium zu. Und zwar wird der Gegensatz principiell ausgedrückt durch die Phrase 'singulas partes retinere suam propriam speciem', was somit als das Gegentheil erscheint vom per 'praeualentiam trahi' (§. 4), vom 'partes fieri' (§. 2), vom 'ei rei cedi' (§. 3). Daraus zwei Folgesätze: 1) die Heerde kann vindicirt werden, obwohl ein fremder Widder darin befindlich; es bleibt trotzdem wahr gregem meum (A^{i}. A^{i}.) esse. Die Tragweite dieser Entscheidung bleibt hier ausser Spiel. 2) Der Eigenthümer des unter die Heerde gekommenen alienus aries kann denselben aus der Heerde herausvindiciren; natürlich, da es wahr bleibt arietem suum (A^{i}. A^{i}.) esse. Anders bei einem an meine Statue gefügten brachium alienae statuae d. h. also einem alienum bracchium. Den kannst du als Eigenthümer der Statue, von der er genommen, nicht von meiner Statue heruntervindiciren, weil es nicht wahr ist bracchium tuum (A^{i}. A^{i}.) esse.

Hier ist uns denn wörtlich gesagt, warum der angefügte Arm nicht vindicirt werden kann, warum vielmehr erst ad exhibendum geklagt werden muss, ut separetur et tunc uin-

dicetur. Deswegen nämlich, weil er seinem früheren Eigenthümer nach geschehener Anfügung gar nicht mehr gehört. Niemand kann zweifeln, dass das 'non posse dici bracchium tuum esse' einerseits identisch ist mit 'te uindicare non posse' — andrerseits auch die Nichtexistenz von Eigenthum bezeichnet. Oder giebt es vielleicht auch lediglich „formelle" „rein processualische Gründe", aus denen non potest dici bracchium tuum esse, obwohl Du Eigenthümer bist? Es gäbe, um gegen diese Consequenzen streiten zu können, nur ein einziges Mittel. Man müsste nämlich behaupten, dass bei dem 'bracchium additum' der uns jetzt beschäftigenden Worte lediglich zu denken sei an den Fall der ferruminatio, wo auch das Beispiel eines bracchium iunctum vorkommt[1]).

Das ist aber ganz unmöglich. Wie soll Paulus dazu kommen, die sog. uniuersitas rer. distantium gerade nur jenem Ausnahmsfalle der ferruminatio entgegenzusetzen? War es nothwendig oder nur naheliegend zu sagen, dass dasjenige bracchium, welches durch die Art seiner Verbindung als Eigenthumsobject definitiv consumirt ist, nicht vindicirt werden kann? In §. 5 stellt Paulus an die Spitze die Worte:

> Item quaecumque aliis iuncta siue adiecta accessionis loco cedunt, ea *quamdiu cohaerent* dominus uindicare non potest, sed ad exhibendum agere rell. —

Und wenn er nun am Schlusse des §. nach der Darlegung, dass der aries alienus aus der Heerde herausvindicirt werden kann, fortfährt:

> Quod non idem in *cohaerentibus corporibus* eueniret: nam si statuae meae rel.[2])

wird man da füglicher Weise denken können, dass er unter dem cohaerere etwas Verschiedenes verstehe?

---

[1]). Diesen Ausweg ergreift Girtanner a. a. O. S. 176.

[2]) Die Anfügung des Armes an die Statue ist im §. 2 der Stelle als Beispiel zusammengesetzter Sachen in erster Linie angeführt. Das bracchium statuae addere entspricht doch gewiss vollständig dem bracchium statuae adiicere in §. 2.

Wovon wird denn überhaupt gesagt 'cohaeret', was ist das corpus cohaerens? Zweifellos beidemal der verbundene Theil, also am Schlusse des §. das bracchium. Der aries kann vindicirt werden, das bracchium nicht. Die *cohaerentia* corpora bilden den Gegensatz zu den *distantibus* corporibus bei der grex[1]).

So ist es auch sprachlich unmöglich etwa den Ausdruck cohaerentia corpora unserer Stelle zu identificiren mit dem *ἡνωμένον* des Pomponius in l. 30 de usurp.:

> Tria autem genera sunt corporum, unum, quod continetur uno spiritu et Graece ΗΝΩΜΕΝΟΝ uocatur, ut homo tignum lapis et similia: alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod ΣΥΝΗΜΜΕΝΟΝ uocatur, ut aedificium nauis armarium: tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subiecta, ueluti populus legio grex.

Auch in dieser Stelle sind 'cohaerentia' die einzelnen Bestandtheile der zusammengesetzten Sache, im Gegensatze zu den distantia der Heerde.

Girtanner kommt dazu, unter der statua in den Schlussworten unseres §. 5 l. 23 eine res unita, *ἡνωμένον*, zu verstehn, durch die Schlussphrase dieses §. — quia tota statua uno spiritu continetur[2]). Nun ist allerdings das Heranziehn dieses philosophischen Arguments durch Paulus an dieser Stelle recht befremdlich. Allein wir dürfen gewiss dem Paulus weit eher ein Straucheln auf der Bahn und in der Terminologie stoischer Schulspeculation zutrauen, als einen, wie oben hervorgehoben, unmöglichen Gedankengang. Wie gesagt, wird aber auch schon dadurch die Auffassung der statua am Schluss von §. 5 = corpus cohaerens = *ἡνωμένον* der l. 30

[1]) In den Worten: at in his corporibus quae ex distantibus corporibus essent — ist das erste 'corporibus' trotz der Florentina sehr zweifelhaft.

[2]) Auch Göppert, über einheitliche u. s. w. Sachen, behauptet (S. 38), Paulus übersetze in l. 23 §. 5 das *ἡνωμένον* der l. 30 mit corpus cohaerens — „wobei an innerliches cohaerere, nicht cohaerere mit andern Dingen gedacht ist“ (S. 44 Anm. 4).

vollständig ausgeschlossen, dass Paulus unter cohaerens gerade wie er es am Anfange des §. 5 selbst gethan, und wie es auch Pomponius l. 30 ganz ebenso thut, nicht das Ganze, sondern den Bestandtheil versteht.

Es bleibt uns somit kein Zweifel, dass die Schlussworte des §. 5 von zusammengesetzten Sachen reden. Aber selbst wenn an eine res unita gedacht sein sollte, so würden die Worte des Paulus keineswegs dasjenige widerlegen, was wir als den Inhalt der früheren Ausführung des Juristen erkannt haben. Es verlöre dann nur das 'non posse dici bracchium tuum esse' für uns seine Beweiskraft.

Schreiten wir nun weiter in der Interpretation unserer l. 23. In §. 6 und 7 kommt Paulus zu reden auf die Vindications- also Eigenthumsfrage bei verbauten Materialien:

> Tignum alienum aedibus iunctum nec uindicari potest propter legem duodecim tabularum, nec eo nomine ad exhibendum agi nisi aduersus eum, qui sciens alienum iunxit aedibus: sed est actio antiqua de tigno iuncto, quae in duplum ex lege duodecim tabularum descendit. Item si quis ex alienis cementis in solo suo aedificauerit, domum quidem uindicare poterit, cementa autem resoluta prior dominus uindicabit, etiam si post tempus usucapionis dissolutum sit aedificium, postquam a bonae fidei emptore possessum sit: nec enim singula cementa usucapiuntur, si domus per temporis spatium nostra fiat.

Hier behandelt Paulus die beiden Fragen:

1. Kann das Ganze vindicirt werden?
2. Kann die verbundene Sache aus dem Ganzen herausvindicirt werden?

in umgekehrter Reihenfolge, als bisher. Was die Frage 2. anlangt, so lehrt der Jurist dasselbe, was in §. 5 gesagt ist von den quaecunque aliis iuncta siue adiecta accessionis loco cedunt, nämlich dass sie quamdiu cohaerent nicht vindicirt werden können. Man darf sich durch die Art, wie die Worte 'propter legem duodecim tabularum' vor dem zweiten 'nec' eingeschoben sind, nicht etwa verleiten lassen, die Nichtvindi-

cirbarkeit auf das Zwölftafelgesetz zurückzuführen. Dieselbe folgt, ebensogut wie für den Stein im Ring, auch für das tignum iunctum aus allgemeinem Rechtsprincip[1]); auf das alte Gesetz ist nur zurückzuführen das Trennungsverbot, d. h. auch nicht etwa das Versagen der weit jüngeren actio ad exh., sondern überhaupt nur die Unzulässigkeit einer Nöthigung zur Trennung etwa durch Eigenmacht oder magistratliche Verfügung[2]).

Im zweiten Satze folgt nun die zweite Consequenz aus dem in den früheren Theilen der Stelle von Paulus gegebenen Princip des 'accessionis loco cedi', nämlich der Satz, dass der Eigenthümer des Hauses mit und in demselben auch die cementa vindiciren kann. Daran wird aber sofort die Frage geknüpft, welchen Einfluss eine Auflösung des Gebäudes auf das Eigenthumsverhältniss hat. Ganz dieselbe, wie in §. 5 die durch actio ad exh. erzwungene, dass nämlich der prior dominus wiederum Vindicationsrecht erhält. Und nun lehrt uns Paulus zu den beiden Sätzen:

1. Der Eigenthümer der Hauptsache wird Eigenthümer des Ganzen.
2. An der verbundenen Sache giebt es kein Eigenthum für den prior dominus —

noch den weiteren Satz hinzu:

3. Aber auch für den Eigenthümer des Ganzen ist die verbundene Sache nicht Object besonderen Eigenthums.

Auf diesen Satz, welcher ganz auf demselben Grunde beruht, aus welchem das Eigenthum des prior dominus durch

---

1) Anders bezüglich der Weinbergspfähle. Ganz treffend Windscheid §. 188 Anm. 15: „hier ist durch die Vorschrift der 12 Tafeln nicht der Loslösungs-, sondern der Eigenthumsanspruch ausgeschlossen; da die Verbindung keine feste ist, so verliert der Eigenthümer derselben durch die Verbindung sein Eigenthum nicht“. Unzutreffend ist der Schluss, den Baron S. 40 vom eingepflanzten Baum auf verbautes Material machen will. S. darüber unten.

2) Genauer redet Gai. l. 7 §. 10 de acq. rer. dom. S. auch l. 98 §. 8 de solut.

die Verbindung aufhört (so dass Satz 2 und 3 beide als Consequenzen von Satz 1 erscheinen —), ist es nämlich zurückzuführen, dass singula cementa non usucapiuntur.

Da es uns übrigens bei unserer Deduction schliesslich nur auf den Satz 2 ankommt, so kann es hier füglich unterlassen werden, den Punct 3 einer eingehenderen Erörterung zu unterziehn. Auch das auf Satz 1 und 2 bezügliche Quellenmaterial[1]) ausser unserer l. 23 braucht nicht herbeigezogen zu werden, da es sachlich nichts mit dem Inhalt letzterer Stelle in Widerspruch Stehendes enthält, auf das Schwanken in der Ausdrucksweise aber den wirklichen Entscheidungen gegenüber kein Gewicht zu legen ist.

§. 24.

Fortsetzung. Gründe für die Constituirung der Trennungsklage.

Durch die bisherigen Ausführungen halte ich für sichergestellt, dass die Nothwendigkeit der actio ad exh. behufs nachfolgender Vindication trennbar verbundener Sachen sich erklärt aus dem durch die Verbindung geschehenen Eigenthumsverluste; fernerhin auch, dass die Anwendbarkeit unserer Klage in dieser Function beruht auf dem sofortigen Wiedererwerb des Eigenthums nach erfolgter Trennung. Dabei verhehlen wir uns nun keineswegs, dass die Erkenntniss dieses formell logischen Zusammenhangs uns nicht der Frage überheben kann nach der dogmatischen Begründung, wie nach den juristisch-technischen Motiven, auf denen die

---

[1]) S. bei Windscheid a. a. O. Nur nebenbei sei bemerkt, dass nach l. 27 §. 2, wo Proculus und Pegasus erklären: suam cuiusque rem manere, ebendeshalb eine Exhibitionsklage auf Trennung nicht nöthig ist, sondern unmittelbar durch Vindication die Sache ausgetragen werden kann. A. M. Göppert a. a. O. S. 92. Noch weniger kann von einer Nöthigung die Trennungsklage vorauszuschicken die Rede sein bei mechanischer Befestigung einer Sache an einer andern, welche nicht perpetui usus causa, sondern zu irgend welchem vorübergehenden Zwecke geschieht (Göppert S. 94).

Gestaltung des beregten Verhältnisses durch die römische Jurisprudenz beruht[1]).

Zunächst die dogmatische Begründung. Man streitet, ob die Herstellung einer uniuersitas rerum cohaerentium unter den Begriff der Specification fallen könne[2]). Uns liegt für unsere Erörterung nur an Einem für die Entscheidung in Betracht kommenden Momente. Darin müssen wir Fitting vollständig zustimmen, dass die zusammengefügten Bretter des Schrankes, die Steine des Schmuckes „zu Gunsten jener (des Schrankes, des Schmuckes) ihr selbständiges Dasein einbüssen und einstweilen bis zur Loslösung von dem Ganzen nur noch als Theile und Eigenschaften desselben fortbestehn". Ausser den von F. angeführten Quellenaussprüchen scheint uns vor Allem auch l. 23 §. 5 für diese Auffassung entscheidend zu sein, wo Paulus darauf, dass das zur Heerde gekommene Viehstück 'suam propriam speciem retinet', es stellt, dass 1) posse me gregem uindicare, quamuis aries tuus sit immixtus, und 2) te arietem uindicare posse; letzteres im ausgesprochenen Gegensatze zum bracchium additum, von welchem nicht mehr gesagt werden kann 'tuum esse'. Deshalb also hat die Vindication des letzteren nicht Statt, weil derselbe nicht suam propriam speciem retinet, was Paulus dann noch einmal so ausdrückt[3]): quia tota statua uno spiritu continetur.

---

[1]) Wer möchte sich beruhigen mit der Auffassung von Einert p. 211 f. — nach welchem die römischen Juristen im Gefühle, sich durch ihre Behandlung unserer Lehre von der wahren Gerechtigkeit entfernt zu haben, in der actio ad exh. gleichsam ein Correctiv gegeben, ein Pflaster auf die Wunde des materiellen Unrechts zu legen gesucht hätten?

[2]) Siehe für die Bejahung Fitting, Archiv f. civ. Prax. XLVIII S. 17 f., für die Verneinung Bechmann das. Archiv XLVII S. 32 und in der Schrift über Eigenthumserwerb durch Accession S. 48. Für Fitting Bremer, krit. Vierteljahrschr. X S. 39 f. Göppert, über einheitl. u. s. w. Sachen S. 93.

[3]) Freilich in Verkennung des richtigen Sinnes (l. 30 de usurp.) dieses, wie jetzt Göppert überzeugend nachgewiesen, stoischen Schulausdruckes.

Wir müssen in jenen Worten die Anschauung ausgesprochen finden, dass die verbundene Sache durch die Verbindung aufhört ein selbständiges Eigenthumsobject und damit für die juristische Auffassung eben eine eigene Sache zu sein. Bechmann schiebt zwischen die Begriffe „vindicirbare Sache“ und „Eigenthumsobject“ den dritten Begriff „Werthobject“ hinein[1]). Allein was damit gewonnen sein soll, ist nicht zu erkennen. Wie die römischen Juristen identificiren die Ausdrücke: me rem uindicare posse — rem meam posse dici — me rei dominum esse — so thun auch wir am Besten die Begriffe Vindicationsobject und Eigenthumsobject zu identificiren und keine Eintheilung der Eigenthumsobjecte in vindicirbare und nicht vindicirbare zu erfinden.

Dass nun wirklich die verbundene Sache, weil sie ihre propria species verliert, aufhört Vindications- also auch Eigenthumsobject zu sein, darüber hat, soviel wir wissen, unter den römischen Juristen von jeher Einigkeit bestanden. Ganz erklärlicher Weise; denn auch darüber, dass durch Untergang einer Sache auch alle daran bestandenen Rechtsverhältnisse untergehn, ist man von vornherein ganz einig gewesen, und erst im Interesse der Frage, wem an einer entstandenen noua species Eigenthum erwachsen soll, ist man dazu gekommen, jenen ersten Satz in Zweifel zu ziehn[2]).

Bei der Einfügung des Steins in den Schmuck, des Rades an den Wagen entsteht aber nun weder eine noua species, noch kann überhaupt die Frage nach dem rechtlichen Schicksale der zu einem blossen Sachbestandtheil gewordenen früheren Sache Schwierigkeiten machen. Abgesehn von der möglicherweise zweifelhaften Qualität von Haupt-, bezw. Nebensache, ist man auch in dieser Frage einig ge-

[1]) a. a. O. S. 53: „Der Arm bleibt zwar Arm, aber er ist in Folge der Verbindung kein selbständiges Werthobject, sondern das Stück eines andern, zu dessen Vervollkommnung er dient. Erst durch die Lostrennung wird er wieder ein selbständiges Werthobject und eine vindicirbare Sache.“ Gegen derartige Distinctionen auch Bremer a. a. O. S. 54 f.

[2]) S. Näheres darüber bei Fitting a. a. O. S. 155. 159 f.

wesen, dahin nämlich, dass der Eigenthümer der Hauptsache Eigenthum am Ganzen behaupten und durchführen kann. Ebenso halten wir es, hier in Uebereinstimmung mit Bechmann, für unter den röm. Juristen ausgemacht, dass es an der verbundenen Sache auch für den Eigenthümer des Ganzen kein Sondereigenthum giebt, dass dieselbe vielmehr lediglich als Theil, Qualität, Werthvermehrung des Ganzen juristisch in Betracht kommt. Dabei nun, dass das Ganze vindicirt werden kann, müssen wir einsetzen, um zu erkennen, dass das Aufhören des bisherigen Eigenthums an der verbundenen Sache, wie es vom Standpuncte des Untergangs als species dogmatisch gerechtfertigt, so auch vom juristisch-technischen Standpuncte aus ganz das Richtige ist.

Dass und warum der Vindication des Ganzen gegenüber dem beklagten Besitzer nicht die Berufung darauf gestattet sein kann, es sei mit dem Ganzen die Sache eines Dritten verbunden worden — ist naheliegend und von Bechmann gut auseinandergesetzt[1]). Soll jeder Besitzer meines Rings das Recht haben den Stein herauszulösen und zu behalten, weil in den Ring der einem beliebigen Dritten gehörige Stein gefasst worden ist?

Will man das aber vermeiden, so liegt doch Nichts näher, als eben dem verbundenen Steine die Eigenschaft als selbständiges Eigenthumsobject abzusprechen, neben dem anulum A^{i}. A^{i}. esse ein gemmam Sempronii esse für unmöglich zu erklären. Denn wäre es möglich, warum sollte sich Beklagter nicht darauf berufen dürfen? Wäre es weniger wahr, wenn N^{s}. N^{s}. behauptet, Sempronius sei Eigenthümer der gemma, also nicht A^{s}. A^{s}., als wenn dies etwa der belangte Sempronius selbst behauptet? Während bei der Vindication von uniuersitates rerum distantium so viel Eigenthumsfragen zu entscheiden, als Stücke vorhanden sind[2]), so ist hingegen

[1]) S. 48 ff.

[2]) Siehe darüber unsere Auseinandersetzung in der krit. Vierteljahrschr. X S. 333 und Göppert a. a. O S. 100. Wie sich übrigens G. die nach ihm (S. 102) nöthige Specialbezeichnung bei Cumulativ-

für die uniuersitas rerum cohaerentium die Eigenthumsfrage immer nur eine. Dort, bei der Heerde, erlangt Kläger Restitution der ihm nicht gehörigen Stücke nicht, weder von einem Besitzer, dem letztere ebenfalls nicht eigenthümlich gehören, noch von demjenigen, dem der aries immixtus gehört. Hier, bei der uniuersitas rerum cohaerentium, schlägt die auf das Ganze gerichtete intentio umgekehrt einem Jeden gegenüber dergestalt durch, dass sie für Jeden eine auf's Ganze gerichtete Restitutionspflicht begründet, auch für denjenigen Besitzer, dessen Sache zum Bestandtheil des Ganzen geworden ist[1]). Auch ihm gegenüber ist es wahr, anulum meum esse, und von diesem meum esse werden alle Theile des Rings, auch die hineingefügte gemma, ergriffen; es ist neben dem anulum A^i. A^i. esse auch kein gemmam N^i. N^i. esse denkbar. So hält die Jurisprudenz die Consequenz des Eigenthumsbegriffs, die absolute Bedeutung des rem meam esse, fest.

Das ist die eine Seite des durch die Verbindung begründeten Rechtsverhältnisses. Wenden wir uns zur zweiten.

Durch Zerlegung der uniu. rer. coh. kann die ehemals selbständige, dann zur blossen Theilsache degradirte Sache wiederum ihre propria species erhalten. Es entsteht insofern ein bisher nicht vorhandenes, selbständiges Eigenthumsobject, also zugleich die Frage, wer Eigenthümer desselben werden soll? Eine *nova* species, eine begrifflich neue Sache, liegt nicht vor, die Sache ist mit der vor der Verbindung im Eigenthum gestandenen vollkommen identisch. Daher natürlich kein Erwerb für den Zerlegenden. Ebensowenig kann von einem Entstandensein des abgelösten Theiles aus oder durch das ehemalige Ganze die Rede sein; daher auch kein Erwerb

---

vindicationen z. B. von nummi, ruina u. s. w. denkt, bleibt mir beiläufig bemerkt zweifelhaft. Und hätte es, wenn die vestimenta in l. 6 de r. u. alle speciell zu bezeichnen wären, dann Sinn, die Angabe der Zahl noch besonders zu verlangen?

[1]) Letzteres wird im nächsten §, welcher sich mit dem ius tollendi beschäftigt, nachgewiesen werden.

für den Eigenthümer des Ganzen. Vielmehr wird durch die Trennung Eigenthümer, wer es vor der Verbindung gewesen ist. Vom natürlich-stofflichen Gesichtspuncte aus wäre die Sache durch die Verbindung gar nicht aus dem alten Eigenthume herausgekommen. Vom begrifflich-juristischen Standpuncte stellt sich die Entscheidung für die Zeit der dauernden Verbindung anders. Für die Zeit nach der Trennung führen beide Gesichtspuncte zu demselben Resultate, nämlich zum Zurückfallen der Sache an den prior dominus.

Soll aber dieser prior dominus warten müssen, bis Trennung vielleicht zufällig oder freiwillig durch den Eigenthümer des Ganzen geschieht? Soll er jener consequenten Durchführung des anulum A^{i}. A^{i}. esse zu Liebe ohne materiellen Rechtsgrund vielleicht definitiv um sein Eigenthum kommen? Das hat kein Jurist gewollt; aber um es zu vermeiden ist nicht jene Consequenz gebrochen, das anulum meum esse zu einem Begriffe von relativer Bedeutung degradirt worden[1]), sondern man hat in der actio ad exh. einerseits ein offensives, im ius tollendi andrerseits ein defensives Rechtsmittel gefunden, bezw. aufgestellt, welches in vollkommen befriedigender Weise dem prior dominus zu seinem Rechte verhilft[2]).

Dass und inwiefern die actio diese Function erfüllt, ist schon gezeigt worden. Dass das ius tollendi nichts Anderes

---

[1]) Darauf läuft die Auffassung von Bechmann hinaus a. a. O. S. 50: „Damit sie (die Verbindung) erhalten bleibe, zieht die eigene Sache auch die damit zusammengefügte fremde vom nicht berechtigten Besitzer weg; die Verbindung überwindet die einfache Negation des Besitzers, dass eine oder einige von den verbundenen Sachen dem Vindicanten fremd seien; sie verschafft also in diesem Sinne dem letzteren ein relatives Recht auch in Beziehung auf die fremde Sache u. s. w.“

[2]) Es giebt bekanntlich noch andere Fälle, dass Sachen, die in's Eigenthum eines Andern gekommen, Einem doch nicht entgehn sollen. So usucapirte Erbschaftssachen dem wahren Erben nach dem Princip des SC. Iuuentianum, ferner die dem bon. fid. poss. zugefallnen fructus exstantes dem siegreichen Vindicanten der Muttersache. Auch in diesen Fällen wird aber nicht geholfen durch Statuirung eines relativen Eigenthumsrechts, sondern es wird die Restitution als Gegenstand einer obligationsartigen zur causa rei gehörigen Leistung aufgefasst.

ist als eine exceptio ad separandum, welcher ganz analoge Gesichtspuncte zu Grunde liegen, wie der actio ad separandum, soll im folgenden § nachgewiesen werden.

Hier noch die Bemerkung, dass der vertretenen Anschauung vom interimistischen Eigenthumsverluste an der verbundenen Sache auch vom rein practischen Standpuncte nicht das Mindeste entgegensteht. Dernburg[1]) findet die Ansicht von der Fortdauer des Sondereigenthums während der Verbindung natürlicher und practischer wegen der Möglichkeit der Verpfändung des noch verbundenen Theiles als bereits präsenter Sache. Allein warum soll nicht anticipirende Pfandbestellung, also Entstehen des Pfandrechts im Momente der Trennung mit Rangirung vom Tage der Verpfändung an genügen[2])? Ja es könnte nach unserer Anschauung auch schon vor der Trennung eine solche Pfandbestellung wirksam geltend gemacht, die Entstehung des Pfandrechts vom Interessenten herbeigeführt werden[3]). Wenn nämlich zur Competenz der actio hypothecaria sonst weiter Nichts fehlt, als die Trennung des Steins vom Ringe, so hat der Anwärter des Pfandrechts sofort actio ad exhibendum gegen jedweden Besitzer des Ringes und bringt eben durch die erzwungene Trennung sein zukünftiges Pfandrecht zur Existenz. Denn daran kann kein Zweifel sein, dass nicht nur auf Grund einer futura uindicatio, sondern auch einer futura confessoria, hypothecaria mit unserem Rechtsmittel ad separandum geklagt werden kann, obgleich allerdings ein solcher Fall in den Quellen nicht erwähnt ist.

Es soll überhaupt die actio ad separandum gewissermassen die Bedeutung einer in integrum restitutio haben, die durch die Verbindung bewirkte Rechtsveränderung so gut als

---

[1]) Pfandr. II S. 563 Anm. 11.

[2]) Dernburg I §. 29.

[3]) Hierbei ist von Baumaterialien wegen des Trennungsverbotes abzusehen und an andere Fälle trennbarer Verbindung zu denken — wo allerdings eine Verpfändung des Verbundenen kaum leicht vorkommen wird.

ungeschehn machen. Die Trennungsklage, obwohl nicht in der processualischen Form der in rem actio auftretend, erscheint doch, wie sie die letztere als designirtes iudicium directum in sich aufnimmt, so auch materiell genommen als gegenwärtige Wirkung zukünftigen Eigenthums. Von diesem Gesichtspuncte aus lässt sich, unseres Erachtens, nicht bezweifeln, dass die actio ad separandum im Concurse der Eigenthumsklage gleichzustellen ist. Obwohl ein Eigenthumserwerb erst als Resultat der actio ad exh. erwächst, so wird doch der Exhibitionsberechtigte nicht am Concurse Theil zu nehmen brauchen, sondern als sogen. Separatist ex iure dominii Ausscheidung des Objects der futura in rem actio aus der Masse durchsetzen können.

Ganz ebenso stellt sich das Verhältniss beim Wahllegat, wenn vor Ausübung der Wahl der Erbe in Concurs geriethe. Hier wäre dem Legatar gewiss das Recht nicht abzusprechen, als Separatist sich eine der zur Wahl gestellten Sachen herauszuvindiciren, bezw. die Wahl und Vindication durch actio ad exh. anzubahnen. Und doch wird Niemand läugnen mögen, dass vor Ausübung der Wahl, beim Ausbruche des Concurses, alle Wahlstücke Eigenthum des Erben waren. Wird einmal aus früher entwickelten Gründen ein gegenwärtiger Nichteigenthümer als uindicaturus zur actio ad exh. zugelassen, so kann man ihn dann auch in der beregten Beziehung ohne Bedenken einem auf Grund gegenwärtigen Eigenthums auf Exhibition Klagenden gleichstellen.

§. 25.

Das ius tollendi des Vindicationsbeklagten.

Um zu erkennen, dass das ius tollendi, welches ein auf Restitution belangter Besitzer bezüglich auf die Sache gemachter Verwendungen geltend machen kann, auf demselben Principe beruht, wie die actio ad separandum, müssen wir die Voraussetzungen jenes Rechts genau festzustellen suchen.

Zunächst ist davon auszugehn, dass das ius tollendi nicht

etwa als eine Art Selbsthülfe, ein eigenmächtiges Wegnehmen einer dem Wegnehmenden zu Eigenthum gehörenden Sache erscheint, sondern vielmehr als ein durch exceptio doli geltend zu machender rechtlicher Anspruch[1]). Die dem Verwendenden gehörige Sache ist durch Verbindung mit der von ihm zu restituirenden Sache Theil der letzteren, Theil einer fremden Sache geworden; eigenmächtige Trennung erschiene als Vergreifen an einer fremden, nämlich der zu restituirenden Sache. Erst durch den richterlichen Ausspruch, es stehe dem Besitzer ius tollendi zu, wird letzterer zur Lostrennung und Zurückbehaltung ermächtigt[2]). Das geht schon daraus hervor, dass die Ausübung des ius tollendi gewisse rechtliche Voraussetzungen hat, deren Vorhandensein richterlicher Constatirung bedarf. So muss der Miether, welcher das gemiethete Haus mit einer Thür versehen hat und sie wieder herausnehmen will, mit der actio ex conducto klagen ut ei tollere liceat[3]). Der Eigenthümer des Hauses ist verpflichtet zum pati tollere[4]).

Also ein in der Defensive auftretender Rechtsanspruch ist das ius tollendi. Was ist, so fragen wir weiter, sein Grund? Vielleicht das 'nemo cum damno alterius locupletior fieri debet'[5])?

Eines Besseren belehrt uns Ulpian in l. 9 de impens.:

Pro uoluptariis impensis, nisi parata sit mulier pati maritum tollentem, exactionem patitur. nám si uult habere mulier, reddere ea quae impensa sunt debet marito: aut si non uult, pati debet tollentem, si modo recipiant separa-

---

[1]) Leist, civil. Studien II S. 58.

[2]) Concedendum est ut tollat — l. 37 de r. u. permittendum est l. 9 de impens. — licentia permittitur c. 5 de r. u. — sufficit tibi permitti l. 38 de r. u. — potestas fieret tollendorum eorum rell. l. 39 de hered. pet

[3]) l. 19 §. 4 locat. cf. l. 59 de r. u. l. 39 eod.

[4]) l. 9 de impens.: pati debet tollentem.

[5]) So in weiter Ausführung Sell in seinen Jahrbb. III Nr. 8. Anders die naturalis ratio von Leist a. a. O. ff., dessen (siehe besonders S. 41) Auffassung sich mit der hier vorzutragenden vereinigen lässt.

tionem: ceterum si non recipiant, relinquendae sunt: ita enim permittendum est marito auferre ornatum quem posuit, *si futurum est eius quod abstulit.*

Diese letzteren Worte haben ältere Juristen so befremdet, dass man gegen alle handschriftliche Beglaubigung statt 'futurum est' lesen wollte 'profuturum est'[1]). In neueren ausführlichen Behandlungen der Impensenlehre[2]) ist diese Schlussphrase der l. 9 übersehn oder wenigstens nicht betont und berücksichtigt worden.

Und doch fällt die in jenen Worten ausgesprochene Voraussetzung keineswegs zusammen mit der andern, dass die Wegnahme für den Besitzer von Nutzen sei. Wer z. B. ein Grundstück mit Bäumen, Gesträuchen u. s. w. bepflanzt hat, dem steht nach l. 9 keineswegs ein ius tollendi bezüglich dieser eingepflanzten Gegenstände zu, da er sein Eigenthum an ihnen definitiv verloren hat, also hier nicht futurum est eius quod abstulerit. Wohl aber könnte die Wegnahme in solchen Fällen einen bedeutenden Vortheil gewähren[3]). Ein weiterer Fall, in welchem die Schlussworte der l. 9 eingreifen, wäre der, dass Jemand auf dem von ihm besessenen fremden Grunde mit den Materialien Dritter gebaut hätte. Hier steht ihm, wenn er auch an der Wegnahme des Gebäudes Interesse hätte, etwa des Lichts oder der Sonne wegen, doch kein ius tollendi zu, wiederum eben weil non futurum est eius quod abstulit. —

Hinter dem Anspruche auf Wegnahme muss — das beweist unsere Stelle — ein durch die Trennung erwachsendes dingliches Recht an der getrennten Sache stehn, gerade wie

---

[1]) Z. B. in der Digestenausgabe Paris ap. Corolam Guillard 1548 ff.

[2]) So von Sell und Leist. Dagegen führt Schmidt Handb. I §. 15 S. 342 als Voraussetzung des ius tollendi auf: wenn die Nebensache nach erfolgter Lostrennung in das Eigenthum des Beklagten zurückfällt.

[3]) Wo Anwendungen des ius tollendi vorkommen, erscheinen immer nur Baumaterialien als Gegenstände desselben, obwohl sonst auch Anpflanzungen, uiridia, als impensae uoluptariae erwähnt werden. l. 37. 38 de r. u. l. 32 de administr. tut. l. 19 §. 4 loc. — l. 79 §. 2 de u. s.

hinter der actio ad separandum das futurum iudicium. Nur dass natürlich beim ius tollendi nicht von einer futura actio die Rede sein kann, da es sich um Behalten des Losgetrennten handelt. Es geschieht kraft der exceptio doli, dass der iudex unter den Voraussetzungen des ius tollendi auch die hinter demselben stehende Anwartschaft auf Eigenthumserwerb zu prüfen hat.

Dass, wo etwa das durch tollere entstehende Eigenthum ohne jeden reellen Vortheil für den Erwerber wäre[1]), das ius tollendi wegfällt, ist ganz derselbe Rechtssatz, nach welchem der arbiter ad exh. absolviren muss, wenn er findet actoris non interesse exhiberi[2]).

Ist nun in den angeführten Beziehungen das ius tollendi nichts Anderes, als ein exceptivisch geltend gemachter Anspruch ad separandum, so ergeben sich allerdings daraus, dass das arbitrium ad tollendum nicht selbständig auftritt, sondern mit dem arbitrium restituendi der uindicatio zusammenfällt, gewisse Modificationen.

Da in erster Linie die Restitutionspflicht steht, so ist das ius tollendi nur insoweit wirksam, als durch die Trennung die zu restituirende Hauptsache nicht schlechter werden wird, als sie vor der Verbindung gewesen ist. Dass der mit der uindicatio besiegte Besitzer selbst die Verbindung vorgenommen hat, soll dem siegenden Eigenthümer keinesfalls zum Nachtheile ausschlagen, sondern wo Trennung sine dispendio domini nicht möglich ist, leidet unter dieser Collision der Interessen füglich derjenige, durch dessen Handlung die Collision veranlasst wurde[3]).

Eine zweite Modification erleidet der Trennungsanspruch, wenn er exceptivisch als ius tollendi auftritt; darin, dass dies-

---

[1]) l. 38 de r. u. — si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corradere uelis, nihil laturus nisi ut officias. —

[2]) Auf ein abstractes Verbot der Chicane (Sell a. a. O. S. 334) ist deswegen jene Bestimmung ebensowenig zurückzuführen, als das Erforderniss des klägerischen Interesse bei der actio ad exh.

[3]) Vgl. auch Leist a. a. O. S. 60.

falls dem Eigenthümer des Ganzen das Recht zusteht, den die Trennung Fordernden abzufinden durch einfachen Ersatz dessen, was das Resultat der Wegnahme dem sie Verlangenden werth sein würde [1]). Ein solches Abfindungsrecht hat der mit actio ad exh. Belangte nicht, sondern wird durch iusiurandum in litem bezw. direct zur Naturalexhibition gezwungen. Auch diese Abschwächung des Trennungsanspruchs lässt sich in ganz ähnlicher Weise erklären und rechtfertigen. Die Sache wird häufig so liegen, dass durch die Wegnahme dem Ganzen weit mehr geschadet wird, als der Wegnehmiende gewinnt. Hat nun der zur Restitution des Ganzen principiell Verpflichtete — es ist ja wahr eam (totam) rem A^{i}. A^{i}. esse — die Verbindung selbst vorgenommen, so soll er die durch ihn selbst geschaffene Situation nicht zu einer für ihn nutzlosen Werthvernichtung zu missbrauchen berechtigt sein. Das arbitrium ad restituendum zieht das arbitrium ad tollendum dergestalt an sich, dass eine billige Ausgleichung der collidirenden Interessen vermittelt wird.

§. 26.

Besonders bezüglich des Anspruchs auf Exhibition von Urkunden.

Bisher haben wir als iudicium directum der act. ad exh. nur Klagen aus dinglichen Rechten kennen gelernt. Ehe wir nun die Frage beantworten, welche andere Klagen zu dieser Function geeignet sind, wenden wir uns zu dem von manchen Rechtslehrern vertretenen Satze, dass für die Klage auf Vorweisung von Urkunden gar kein iudicium directum verlangt werde [2]).

---

[1]) l. 38 cit.

[2]) Z. B. Windscheid Pand. §. 474: „Besonderes ist bestimmt über die Verpflichtung zur Vorweisung von Urkunden: Vorweisung einer in den Händen eines Andern befindlichen Urkunde kann Jemand schon auf Grund davon verlangen, dass die Urkunde eine Bekundung über eine Thatsache enthält, welche auf die Gestaltung seiner Vermögensverhältnisse eingewirkt hat". Ziebarth, Realexecution und Obligation S. 91. Briegleb, vermischte Abhandlgg. S. 104. Einert §. 31. Die

Wir versuchen diesen Punct an dieser Stelle zu erledigen, weil, um das Resultat der Untersuchung gleich vorauszuschicken, erhellen wird, dass in allen Quellenstellen, durch welche man jenen Satz begründen will, sich entweder eine petitorische Klage als directa actio nachweisen lässt, oder doch ein ganz specieller, aus der römischen Eigenthumstheorie zu erklärender Rechtsatz vorliegt, welcher zur Begründung eines allgemeinen Princips untauglich erscheint.

Beginnen wir mit der wichtigsten hier in Betracht kommenden Stelle l. 3 §. 14 ad exh. Ulp.[1]). Warum im Falle dieser Stelle die Formel der actio ad exh. versagt, wissen wir schon[2]). Allein für die materiell rechtliche Frage, ob im gegebenen Falle Exhibition erzwungen werden kann, ist es gleichgültig, ob actio ad exh. oder actio in factum mit diesem Resultate gegeben wird. Es fragt sich vielmehr, worauf hier die aequitas exhibendi zu stellen ist und wie weit ihr Gebot reichen soll. Soll ganz allgemein Jeder, der an der Vorweisung von rationes vermögensrechtlich interessirt ist, aus ihnen für seine Vermögensverhältnisse wichtige Thatsachen entnehmen kann, Anspruch auf Vorweisung haben, oder beruht die Entscheidung auf einem speciellen, der Erörterung Julians zu entnehmenden Grunde?

Frage verdient um so mehr eine gründliche Prüfung, als die Lehre von der Exhibitionspflicht bekanntlich dem processualischen Institute der Urkundenedition zu Grunde gelegt wird. S. z. B. Bayer, Vorträge über d. gem. ordentl. CPr. zu Martin §. 316 (S. 583 7. Aufl.). Mittermaier, über die Gründe der Verpflichtung zur Edition von Urkunden §. 6. 7.

[1]) Abgedruckt oben S. 13.

[2]) S. oben S. 14 und S. 31 f. Einert a. a. O. meint, Ulpian versage die actio ad exh. aus dem Grunde, weil die Exhibition der rationes nicht Behufs einer anzustellenden Klage, bei welcher sie etwa als Beweismittel dienen sollten, sondern aus irgend einem andern Grunde begehrt werde. Allein Ulp. stellt die Deficienz des Rechtsmittels auf die Nichtexistenz einer Vindication, deren Object die rationes selbst wären. Einert kommt zu dieser ganz unhaltbaren Distinction, um dem vermeintlichen (siehe unten) Widerspruche der l. 3 §. 14 mit c. 4. 6 ad exh. zu entgehn.

Der Mann hat einen Sklaven der Frau als seinen Rechnungsführer verwendet; dieser hat nun bei Ausführung seiner Arbeit der Frau gehöriges Schreibmaterial benützt. Nach den Grundsätzen des Eigenthumserwerbs durch Verbindung gehört die charta mit darauf geschriebenen rationes nicht dem Manne, sondern der Frau[1]). Weder von der Frau, noch von einem dritten Besitzer kann der Ehemann die Rechnungsbücher vindiciren. Darüber herrscht bekanntlich Einstimmigkeit unter den römischen Juristen[2]). So consequent nun diese Entscheidung vom Standpuncte der Accessionstheorie auch sein mag, so kann sie doch zu Resultaten führen, welche den Bedürfnissen und Anschauungen des Lebens keineswegs genügen. Bekanntlich drängte die Consequenz jener Theorie manche Juristen dahin, auch das Eigenthum am Gemälde dem an der tabula folgen zu lassen. Hier ist aber diese Consequenz schliesslich nicht durchgedrungen, sei es dass der Gesichtspunct der Specification[3]), oder die Rücksicht auf den höhern Werth der Malerei, oder endlich „ein erster Keim einer Anerkennung des sog. geistigen Eigenthums" dabei maassgebend gewesen ist[4]). Wie kommt es nun, fragt man billig, dass bezüglich der Schrift sich kein derartiges Bedenken auch nur geregt zu haben scheint, während doch unsere heutige Auffassung gewiss z. B. an einem auf fremdes Papier geschriebenen Briefe das Eigenthum dem Schreiber zuspricht[5])? Vielleicht liegt die Erklärung im Folgenden.

---

[1]) Gleichgültig ist der Umstand, dass der Rechnungsführer seruus uxoris war.

[2]) Ausser Julian und Ulpian in unserer Stelle Gaius II, 77 und l. 9 §. 1. 2 de acq. rer. dom. und Paulus l. 23 §. 3 de r. u. §. 33 I. de rer. diu.

[3]) Keller, Pand. §. 140. Böcking, Pand. II §. 152 n. 57. §. 154 n. 26. Arndts, Pand. §. 152. 3. Gegen die Anwendung der Accessionstheorie auf diesen Fall Bechmann, Eigenthumserwerb durch Accession S. 73 ff., dessen Auffassung — „das Gemälde ist keine Sache" — „Vindication ohne Eigenthum" — wir nicht zustimmen können.

[4]) Fitting, Arch. f. civ. Prax. XLVIII 19. S. 25.

[5]) Puchta, Pand. §. 164. Instit. §. 242 n. 9. Arndts, Pand. §. 152 Anm. 3, und die daselbst Angeführten. Sächs. BGB. §. 252.

Unseres Erachtens ist die römische Jurisprudenz trotz des Respects der Institutionenverfasser vor Apelles und Parrhasius über den Gesichtspunct des materiellen Werthes nicht hinausgekommen. Das einzige Mal, wo ein Grund angegeben wird für den Erwerb des Malers, erscheint als solcher das pretium picturae[1]), und auch in §. 33 Inst. steckt hinter dem 'uilissima tabula' dieselbe Auffassung.

Wie steht es nun in dieser Beziehung mit der Schrift? Wann hat das Geschriebene einen materiellen, einen Geldwerth? Carmen, historia, oratio[2]) haben keinen; schon deshalb, weil das Geschriebene zum zweiten Male auf anderes Material geschrieben werden kann; das Schreiben ist hierbei das Wenigste, ganz im Gegensatze zum Malen, bei welchem sich der Inhalt von der Ausführung nicht trennen lässt[3]). Höchstens fällt das Beschreiben unter den Begriff der impensae[4]).

Doch giebt es einen Fall, wo das Geschriebene wenn auch keinen objectiven Vermögenswerth hat, so doch Gegenstand eines subjectiv vermögensrechtlichen Interesses ist. So bei geführten Rechnungsbüchern (rationes), welche einerseits zur Geltendmachung bezw. Abwicklung wichtiger Vermögensinteressen erforderlich, andererseits als unersetzliche Hülfsmittel des Gedächtnisses und Evidenthaltens nicht beliebig zum zweiten Male geschrieben werden können. Ebenso steht es bei Beweisurkunden. Sind nun solche rationes oder instrumenta auf fremdes Material geschrieben, sollte man dann etwa dem Schreiber an der Schrift Eigenthum geben, wie dem Maler am Gemälde? Das wäre eine unnütze Ausnahme gewesen. Unnütz, denn dem Interesse des Schreibers ge-

---

1) l. 23 §. 3 de r. u.

2) l. 9 §. 2 de acq. r. d. An Schriftstellerhonorar denkt Gaius nicht, ebensowenig an einen Werth der Schrift als buchhändlerische Waare.

3) Bruns, in der Encyclop. d. Rechtswiss. herausg. von v. Holtzendorff I S. 300: — „weil beim Schreiben der ideelle Inhalt vom Material getrennt werden kann, beim Gemälde nicht." —

4) Aureae litterae Gai. II, 77.

schieht vollständig Genüge, wenn ihm Einsicht und Möglichkeit des Abschreibens, höchstens Benutzung der Urschrift vor Gericht gewährt wird. Diesen Ausweg nun trifft unsere Stelle, indem eine actio in factum mit dem Resultate der actio ad exh. gewährt wird. Es erscheint somit das Gewähren dieses Rechtsmittels als Ausgleichung einer im gegebenen Falle aus der consequenten Durchführung der römischen Accessionstheorie erwachsenden Härte.

Es ist demnach ganz unzulässig, aus unserer Stelle das oben mit den Worten Windscheid's[1]) angegebene allgemeine Princip erschliessen zu wollen. Nur dass ich, oder mein Rechnungsführer (Stellvertreter) die Rechnung, meine Rechnung (Urkunde) auf fremdes Material geschrieben, soll mir Nichts schaden, die Schrift nicht für mich unbenutzbar machen. Mehr sagt die Stelle mit keinem Worte. Wenn heut zu Tage der Schreiber Eigenthum am Geschriebenen erwirbt, wie nach Art. 252 des Sächs. BGB., so fällt Grund und Boden hinweg, auf welchem die Ausnahme steht, da nunmehr der Ehemann im Fall der l. 3 §. 14 zur uindicatio, also auch zur actio ad exh. legitimirt erscheint.

Man wird also vom Standpuncte des römischen Rechts sagen müssen: Wo lediglich der Umstand, dass auf fremdes Material geschrieben wurde, den Eigenthumserwerb des Schreibers an der Schrift verhindert, soll derselbe einen Anspruch auf Exhibition haben. Ist aber eine Urkunde gar nicht von mir oder in meinem Auftrage für mich geschrieben, dann kann das grösste Interesse, welches ich habe sie einzusehn, mir keinen Anspruch auf Exhibition verleihen[2]).

---

[1]) S. 127. Anm. 2.

[2]) Auch v. Vangerow, Pand. III §. 708 I Anm. 3., scheint noch zu weit zu gehn oder sich wenigstens etwas unbestimmt auszudrücken, wenn er sagt, die aequitas exhibitionis führe zu einer actio in factum namentlich dann, wenn eine Urkunde in unsern Angelegenheiten angefertigt ist. Die Aufzeichnungen z. B. meines Geschäftsfreundes bezüglich eines zwischen uns Beiden bestehenden Geschäftsverhältnisses habe ich nach l. 3 §. 14 einzusehn nicht das Recht, obwohl das Geschäft als „meine Angelegenheit" sich bezeichnen liesse.

Es werden noch eine Anzahl anderer Stellen angeführt, in welchen auf Vorweisung von Urkunden, die nicht im Eigenthume des Desideranten stehn, ein Klagrecht anerkannt sein soll, und zwar sogar die actio ad exh. selbst. Allein keine dieser Stellen enthält etwas Derartiges.

Zunächst l. 18 ad exh. Ulp.:

> Solutione chirographo inani facto et pignoribus liberatis nihilo minus creditor, ut instrumenta ad eum contractum pertinentia ab alio quam debitore exhibeantur, agere potest[1]).

Jedermann sieht, dass der creditor Eigenthümer der Documente ist. Zweifel könnten höchstens aufgeworfen werden, worin einerseits das materielle Interesse des Gläubigers besteht, und andrerseits, warum nicht auch vom Schuldner Exhibition verlangt werden kann. Beide Fragen sind längst genügend beantwortet[2]).

Anders steht es mit c. 9 ad exh. Diocl. et Max.[3]):

> Si ex quocunque contractu apud praesidem prouinciae iure debitum cui oportuerat te reddidisse probaueris, chirographa tua, ex quibus iam nihil peti potest, et instrumenta ad eum contractum pertinentia tibi, naturaliter liberationem consecuto, exhiberi ac reddi iubebit.

Hier ist der befriedigte Gläubiger Eigenthümer der Urkunden[4]), und auf Rückgabe derselben geht condictio sine causa. Dass die Rückgabe bezeichnet wird als exhiberi ac reddi, kann keinesfalls bewegen an eine actio ad exh. zu

---

Die von uns vertheidigte engere Auffassung der Entscheidung unserer Stelle findet sich bei Keller, Pand. §. 382. 2, a gegen Göschen. Auch schon bei Donell §. 17. Ebenso Sintenis, Civilr. II § 127 S. 779 bei Anm. 18. S. 776 Anm. 5.

1) Ueber die Grundlosigkeit der Conjectur von Cuiac. obseru. IX, 7, welcher statt creditor lesen wollte debitor und umgekehrt, s. Glück, Comm. XI S. 196 f. Einert p. 196 sq.

2) Glück a. a. O.

3) Auf welche Stelle sich u. A. auch Windscheid, Pand. §. 474 Anm. 21, beruft.

4) Chirographa tua, die von dir ausgestellten Handschriften.

denken. Selbst wenn nicht schon durch die Verbindung der beiden Worte die Natur der Verpflichtung als auf Zurückübertragung von Eigenthum gerichtet characterisirt würde, sondern exhiberi allein stände, wäre zu bedenken, dass dieser Ausdruck zuweilen gleichbedeutend gebraucht wird mit tradere[1]), wie unser „gewähren"[2]), insonderheit auch mit reddere rationes[3]). Die Verfasser des codex haben das Rescript lediglich wegen des darin vorkommenden Wortes exhiberi in den Titel ad exh. aufgenommen[4]).

Man beruft sich ferner[5]) auf zwei Rescripte, in welchen ein Anspruch auf Exhibition von Urkunden, die Desiderant nicht als Eigenthümer beanspruchen kann, anerkannt sein soll, nämlich auf c. 4 ad exh. Alexander (230 p. Ch.):

> Non ignorabit iudex, instrumenta tui iuris, quae penes diuersam partem fuisse probaueris, si ab eisdem non exhibeantur, iurisiurandi in litem facultatem deferri tibi oportere.

und c. 6 eod. Philippus (244 p. Ch.):

> Instrumenta ad ius tuum pertinentia partem diuersam inuasisse asseuerans, si quidem crimen intendis, solemnibus accusationibus impletis fidem asseuerationi tuae facito, sin uero ad exhibendum intendis, iudiciorum more experire.

In der That, hiesse 'instrumenta tui iuris' so viel als „Urkunden über dein Recht" — und 'instrumenta ad ius tuum pertinentia' so viel als „Urkunden, welche sich auf dein Recht beziehn", so müsste allerdings behauptet werden, dass

---

[1]) z. B. l. 47 de act. empt.

[2]) z. B. l. 1 §. 4 de muner. et honor.

[3]) l. 1 §. 3 de tutel. et ration. distr. Ulp.: Officio tutoris incumbit, etiam rationes actus sui conficere et pupillo reddere. ceterum si non fecit, aut si factas non exhibet, hoc nomine iudicio tutelae tenebitur.

[4]) Dass die Basiliken XV, 4, 29 in unserm Falle eine actio ad exh. statuiren, kann uns natürlich nicht irren.

[5]) Einert p. 109 sq. Mittermaier a. a. O. S. 20 f. Erkenntniss des OG. zu Wolffenbüttel 1861 bei Seuffert, Arch. XVII Nr. 171. Auch Bühler S. 26 führt die beiden Constitutionen als Beleg dafür an, dass der hinter der actio ad exh. stehende Rechtsanspruch nicht gerade auf die zu exhibirende Sache zu gehn braucht.

die Kaiser den Anspruch auf Vorweisung keineswegs vom Eigenthumsrechte an den Urkunden bedingt sein lassen.

Allein jene Ausdrücke bedeuten etwas ganz Anderes. Bekanntlich bezeichnet 'ius' häufig so viel als „Vermögen“, „Eigenthum“, wofür es genügt auf die reichen Citate bei Dirksen[1]) zu verweisen, welcher auch unsere beiden Rescripte für diesen Sprachgebrauch anführt. Instrumenta tui iuris[2]) sind also Urkunden, welche in deinem Eigenthum stehn. Und 'pertinere ad ius alicuius' ist noch unzweifelhafter auf Eigenthumsrecht zu beziehen als das kürzere 'pertinere ad aliquem', welches ganz gewöhnlich Eigenthum bezeichnet[3]).

Dazu kommt noch, dass es sich in c. 6, wie aus dem Ausdruck 'inuasisse' und aus der Verweisung auf Criminalanklage hervorgeht, um Documente handelt, welche dem Exhibitionskläger widerrechtlich entrissen sind, also doch wohl um ihm gehörige.

Für unsere Auffassung der entscheidenden Worte beweist auch, dass nach ihr ohne Weiteres der Widerspruch wegfällt, welcher nach Einerts Erklärung der beiden Rescripte zwischen ebendenselben und l. 3 §. 14 ad exh. vorläge. Beide Rescripte rühren aus der Zeit Ulpians und des noch in voller Anwendung stehenden Formularprocesses her, und es

---

[1]) Dirksen, manuale s. v. ius §. 2 E.

[2]) c. 1 cod. Theod. fin. reg. II, 26. cf. c. 3 cod. Just. fin. reg.: Si quis super inuasis sui iuris locis — detulerit querimoniam —. c. 4 cod. Just. eod.: rem iuris alieni —. l. 48 de act. empt.: Ancilla tui iuris —. c. 8 de furt.

[3]) Dirksen s. v. pertinere §. 5. l. 45 §. 4 de iur. fisci. Ein ganz treffendes Seitenstück dieser Ausdrucksweise findet sich auf das öffentliche Recht angewandt in c. 1 cod. Theod. de actor. procurat. X, 4: intra Africanas prouincias ad ius nostrum pertinentes.

Nicht von Gewicht kann sein, dass der von Einert vertretenen Meinung schon die Verfasser der Basiliken waren, indem sie die Worte instrumenta ad ius tuum pertinentia wiedergeben mit: *τὰ διαφέροντά σοι δικαιώματα*. Mittermaier a. a. O. S. 20 f. müht sich ab, zu beweisen, dass 'pertinere ad aliquem' auch so viel bedeuten könne wie 'alicuius interest'. Das ist freilich nicht zu bestreiten.

wäre sehr schwer erklärlich, wenn die Kaiser die actio ad exh. ganz unbedenklich zuliessen, ohne eine uindicatio als iudicium directum zu fordern, während der Jurist an diesem Erforderniss entschieden festhält[1]).

Unser Satz, dass, abgesehn von der ganz singulären Ausnahme der l. 3 §. 14, actio ad exh. auf Vorweisung von Urkunden immer nur auf Grund einer futura uindicatio stattfinden kann, wird auch fernerhin unterstützt durch die Art und Weise, wie in Ermangelung jener Grundlage ein Recht auf Vorweisung immer entweder auf die Competenz einer Contractsklage gestellt, oder auf Grund besonderer Rücksichten wie gegen argentarii durch besonderes eigengeartetes Rechtsmittel vermittelt wird. Davon wird des Näheren erst bei Betrachtung eben derjenigen Rechtsmittel die Rede sein, welche ausser der actio ad exh. auf Exhibition gerichtet sind.

§. 27.
Interdicta als iudicium directum.

Neben den in rem actiones wird auch ein Interdict als Hauptklage für die actio ad exh. bezeichnet[2]). An welches oder an welche Interdicte hierbei zu denken sei, ist sehr fraglich und bestritten. Während die *Glosse* an das interd. de precario denkt[3]), Donell[4]) unter Nachfolge von Glück[5]) und Einert[6]) an alle Interdicte, bei denen Vorweisung der vom Rechtstreit betroffenen Sache von Interesse sein kann,

---

[1]) Ganz richtig führt v. Vangerow a. a. O. §. 708 Anm. I, 1. die beiden Rescripte als Belege für das Recht des Eigenthümers auf Vorweisung von Urkunden an.

[2]) l. 3 §. 5. 11. 12. h. t.

[3]) Gl. ad l. 3 §. 5 ad voc. interdicturus.

[4]) §. 11 p. 72.

[5]) S. 182. So wohl auch Windscheid, Pand. II S. 363: „oder ein obligatorischer Anspruch l. 3 §. 5. 12 ad exh."

[6]) p. 105. Einert zieht, da er die actio ad exh. auch bezüglich unbeweglicher Sachen statuirt, auch das interd. uti possidetis herbei.

v. Vangerow[1]) an die possessorischen Interdicte, Sintenis[2]) an den Anspruch auf Wiedererlangung des Besitzes, — hat Cuiaz[3]) die Ansicht aufgestellt, dass nur allein das interd. utrubi als Exhibitionsgrund habe dienen können und in den citirten Quellenstellen gemeint sei.

Dem Letzteren treten wir insofern bei, als u. E. allerdings von den interdicta retinendae und recuperandae possessionis ausschliesslich das interd. utrubi als iudicium directum einer act. ad exh. tauglich gewesen ist. Auch dass in den obigen Quellenstellen lediglich an dieses Interdict gedacht ist, erscheint wenigstens als wahrscheinlich. Hingegen lässt sich für noch zwei andere Interdicte nach ihrem Wesen und der Natur der actio ad exh. jene Tauglichkeit nicht in Abrede stellen, nämlich für das interd. Saluianum und quorum bonorum.

Diese unsere Behauptungen, welche gewiss Manchem etwas befremdlich erscheinen werden, sind nunmehr zu erweisen.

Was zunächst l. 3 h. t. anlangt, so müssen in §. 12

> Pomponius scribit eiusdem hominis nomine recte plures ad exhibendum agere posse: forte si homo primi sit, secundi in eo usus fructus sit, tertius *possessionem suam contendat*, quartus pigneratum sibi eum adfirmet rell.

die hervorgehobenen Worte auf das interd. utrubi bezogen werden. Dass „der §. 12 gar kein Klagrecht auf die possessio nothwendig voraussetzt“[4]), dagegen spricht Alles, was wir bereits über die act. ad exh. wissen, und insonderheit braucht man nur den vorausgehenden §. 11 mit seinem Schluss-

---

1) Pand. III §. 707 Anm. II. Ebenso Brinz, Pand. S. 462.

2) Civilr. II §. 127 S. 776.

3) Obseru. V, 23. IX, 7.

4) v. Savigny, Bes. §. 39 S. 414 (7. Ausg.). Gegen die weiteren Worte: „vielmehr ist es aus andern Stellen gewiss, dass die act. ad exh. ohne Beziehung auf ein anderes Klagrecht gebraucht werden konnte, wenn nur Interesse und iusta causa vorhanden war“ — siehe unsere ganze Auseinandersetzung im §. 19.

principe zu lesen[1]), um sich zu überzeugen, dass das contendere und adfirmare von einer Klage zu verstehn ist.

Dass ferner 'possessionem suam contendere' nur von einem interd. retinendae possessionis verstanden werden kann, wird nicht nur wahrscheinlich gemacht durch einen schon von Cuiaz herbeigezogenen Ausspruch des C. Ael. Gallus[2]), sondern geht auch aus der Redeweise der Pandectenjuristen im Titel uti possidetis, verglichen mit den bezüglich der recuperatorischen Interdicte gebrauchten Ausdrücken, hervor[3]).

Wenn es nun im vorhergehenden §. 11 unserer l. 3 heisst:

> — sed hoc non sufficit: alioquin et qui dolo fecit quo minus possideret poterit ad exhibendum agere, cum neque uindicaturus neque *interdicturus sit* rell.

so wird man auch hier an dasselbe Interdict zu denken berechtigt sein, um so mehr, als die Zusammenstellung von uindicatio und interdictum doch unverkennbar auf die proprietatis und possessionis causa hinweist[4]), auf petitorium und possessorium.

Auch dass in §. 5 der ganz allgemein lautende Ausspruch:

> Sed et si quis *interdicturus* rem exhiberi desideret, audietur —

sich doch nur auf die possessionis controuersia, also auf das interd. retin. poss. bezieht, erscheint als sehr wahrscheinlich,

---

[1]) Abgedruckt oben S. 27 f.

[2]) — (nec) qui dicit se possidere, is suam rem potest dicere; itaque in legitimis actionibus nemo ex iure Quiritium possessionem suam uocare audet, sed ad interdictum uenit, ut praetor utatur his uerbis: VTI NVNC POSSIDETIS rell. Festus v. Possessio p. 233. bei Huschke, iurispr. anteiust. p. 30 n. 11. und Bruns, fontes p. 117.

[3]) S. insonderheit l. 1 §. 3. l. 3 §. 1 uti poss. l. 44 pr. de acq. poss.

[4]) S. die oben S. 71 abgedruckte c. 13 de R. U. Auch abgesehn von Sclaven, deren Aussagen von Wichtigkeit sein konnten — siehe oben §. 15 — konnte sonst für ein beabsichtigtes interd. utrubi die Gegenwart der Sache wünschenswerth sein, da die Identitätsfrage hier eine entscheidende Rolle spielt. Deshalb wird auch wohl jene Gegenwart durch Sequestration gesichert. Petron. satyr. c. 15 und dazu Muther, Sequestration S. 99 f.

da in den vorangehenden §§. 3 und 4 lediglich von petitorischen futuris iudiciis die Rede ist, und auch ebenso im unmittelbar folgenden §. 6 auf Grund einer uindicatio Exhibition gefordert wird.

Aber wenn man es auch unannehmbar finden sollte, dem Worte interdicturus eine so eng begrenzte Deutung zu geben, so lässt sich doch so viel mit Bestimmtheit behaupten, dass man ausser dem interd. utrubi nur noch an die beiden oben genannten Interdicte denken dürfte. Es folgt dies aus dem juristischen Wesen unserer Klage.

Grundgedanke der actio ad exh. ist: Weil und insofern Jemand einer futura actio gegenüber eine Sache wird herausgeben müssen, so soll er schon jetzt, vor endgültiger Constatirung der Restitutionspflicht, exhibiren. Das Bestehen der Restitutionspflicht, wenigstens als einer zukünftig eintretenden, ist Voraussetzung der Exhibitionspflicht.

Erstere, die Vorbedingung der letzteren, hat aber ihrerseits selbst zwei Voraussetzungen. Einestheils nämlich die Begründung des klägerischen Rechts, des Inhalts der intentio vom iudicium directum. Anderentheils die restituendi facultas des Beklagten. Ersteres, die Begründung des klägerischen Rechts, ist Gegenstand des summatim cognoscere durch den Exhibitionsrichter. Letzteres die restituendi facultas dem iud. directum gegenüber, ist gar nicht Gegenstand besonderer Cognition, sondern fällt zusammen mit der gegenwärtigen exhibendi facultas, deren Constatirung zum officium des Exhibitionsrichters behufs seines iussus ad exhibendum gehört. Nur wo schon aus der exhibendi facultas, aus dem Verhältniss des Beklagten zur Sache folgt, dass letzterer auch für das iud. directum der rechte Beklagte ist, hat es vernünftigen Sinn, die Begründung des Klagfundaments (eam rem Ai. Ai. esse u. s. w.) gewissermaassen ad separatum zu verweisen, und schon jetzt Exhibition aufzulegen. Mit andern Worten, nur eine solche futura actio, welche gegen den Besitzer als solchen geht, welcher der Besitzer nicht etwa erst in Folge eines Rechtsgeschäfts oder Delicts, sondern

lediglich wegen seines Verhältnisses zur Sache ausgesetzt ist, kann zur causa exhibendi tauglich sein. Wo hingegen Voraussetzung der Restitutionspflicht ein Geschäft oder Delict ist, da lassen sich die beiden Fragen, *a*) ob das klägerische Recht, das Fundament der Hauptklage besteht? und *b*) ob Beklagter der rechte Beklagte (gegenüber dem directum) ist? gar nicht von einander trennen. Wenn irgend Etwas zur definitiven Erörterung ausgesetzt bleiben soll, so kann es doch unmöglich die Frage sein, ob Beklagter mit der ganzen Angelegenheit (directum und in Folge davon exhibitorium) überhaupt Etwas zu schaffen hat. Lässt es sich juristisch rechtfertigen, Jemanden, wenn auch zunächst mit schwächerer Wirkung, als Delinquenten oder als Depositar zu behandeln, bevor vom Vorliegen des Delicts bezw. Geschäfts der Richter volle juristische Ueberzeugung gewonnen hat?

Dass die actio ad exh. immer gegen den Besitzer als solchen geht, ohne eine andere Voraussetzung in seiner Person, als das Verhältniss zur Sache, geht auch aus den Quellen bestimmt hervor. Nachdem Ulpian in l. 3 §. 1—14 die Activlegitimation behandelt, beginnt er die Erörterung der Passivlegitimation in §. 15 mit Aufstellung des Princips:

> Sciendum est aduersus possessorem hac actione agendum, non solum eum qui ciuiliter, sed et eum qui naturaliter incumbat possessioni, denique creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet;

worauf dann die weitere casuistische Durchführung folgt, welche das possidere als exhibendi facultas characterisirt.

Keinem Zweifel kann es nun unterliegen, dass Ulpians Regel nicht blos sagen soll: Nur wer besitzt haftet der Klage — sondern auch: der Besitzer haftet als solcher, schon weil er besitzt; gegen Faustpfandgläubiger, Depositar, Commodatar, Miether u. s. w. geht haec actio. — Hätte Princip und Casuistik Sinn, wenn wir uns eine actio ad exh. auf Grund einer actio depositi oder eines interdictum de precario als möglich denken? Für eine solche wäre es doch höchst verkehrt das Princip aufzustellen, dass sowohl Civil- als

Naturalbesitzer, Pfandgläubiger, Miether u. s. w. hafte. Und dass Ulpian eine allgemeine Regel, welche principiell für jede actio ad exh. gilt, aussprechen will, muss doch angenommen werden, da man das 'hac actione' wie im ganzen Fragment, so auch im §. 15 unmöglich auf eine specielle Gestaltung der Klage beziehn kann.

Und nicht blos Princip und Casuistik wird ganz allgemein für 'haec actio' ausgesprochen, sondern auch eine wichtige Consequenz daraus in demselben Sinne gezogen l. 12 §. 6 h. t.:

> Heres non quasi heres, sed suo nomine hac actione uti potest: item heres possessoris suo nomine tenetur: igitur non procedit quaerere, an heredi et in heredem danda sit.

Vom Erben eines Depositars oder Delinquenten kann unmöglich gesagt werden: suo nomine tenetur. Allerdings auch nach der Meinung der Gegner würde der Erbe nicht ohne seinen Besitz haften. Allein jedenfalls würde er trotz seines Besitzes nicht ohne Geschäft, bezw. Delict des Erblassers haften, also doch nicht suo nomine, sondern quasi heres, und insofern würde es sehr nothwendig sein quaerere an heredi et in heredem danda sit actio[1]).

Also — das ist das Resultat vorstehender Erörterung — keine actio ad exh. auf Grund einer Geschäfts- oder Delictsklage[2]). Damit ist aber auch — worauf es uns hier zunächst ankommt — ein interdictum de ui oder de precario als iudicium directum für unser Rechtsmittel ausgeschlossen.

Ganz anders steht es aber, was die Activ- sowohl als

[1]) Zu demselben Schlusse kann man auch auf Grund des Satzes: heres suo nomine hac actione uti potest — gelangen. Allerdings giebt es aber in dieser Beziehung eine Ausnahme, nämlich bei den Noxalklagen. Wenn Jemand auf Grund einer ererbten Noxalklage ad exh. klagt, so klagt er in seiner Qualität als Erbe (quasi heres), nicht suo nomine. Siehe den nächsten § am Ende.

[2]) Es ist damit zugleich die Grundlage gewonnen zur Beantwortung der Frage, ob auf Grund obligatorischer Ansprüche actio ad exh. zulässig ist. S. unten §. 30.

Passivlegitimation von Erben betrifft, hinsichtlich einer auf dem interdictum utrubi als Hauptklage ruhenden actio ad exhibendum.

Wer seinen Besitz maiore parte anni darthut, kann von jedem Inhaber des homo denselben abholen, ohne dass irgend auf die Art, wie der Inhaber zur Sache gelangt ist, etwas ankäme. Das interd. utrubi geht gegen Jeden, der factisch in der Lage ist uim facere quo minus ducatur; auf dieses Rechtsmittel, somit auch auf eine durch dasselbe begründete actio ad exh. passt Ulpians Wort; wer exhibendi facultas hat, ist der rechte Beklagte und zwar suo nomine für interdictum und actio ad exh., mag er zugleich auch Pfandgläubiger, Depositar, Miether u. s. w. sein. Hier hat es ferner einen Sinn, dass über den Besitz des Klägers maiore parte anni einstweilen summatim cognoscirt und auf Grund der constatirten exhibendi facultas sofort iussus ad exhibendum ertheilt wird. Nur das interdictum utrubi hat mit Vindication und übrigen in rem actiones das gemein, dass einerseits die Activlegitimation lediglich auf einem Verhältniss des Klägers zur Sache beruht, andrerseits die Passivlegitimation ebenfalls auf die blosse Vorenthaltung der Sache gestellt ist[1]).

So ist denn auch, abgesehn von den Erwähnungen in l. 3 h. t. und c. 13 de r. u., welche auf das interd. utrubi zu beziehen sind[2]), von einer act. ad exh. mit einem pos-

---

[1]) Dass gelegentlich der possessionis controuersia auch Thatsachen zur Sprache kommen können, welche zwischen Kläger und Beklagtem stattgefunden (nec ui nec clam nec precario) — ist für die im Text gemachten Schlüsse ausserwesentlich. Auch bei uindicatio und noch mehr bei publiciana actio sind persönliche Beziehungen zwischen Kläger und Beklagtem unter Umständen von Entscheidung.

[2]) In c. 13 (abgedruckt S. 71) wird es als ordinarii iuris bezeichnet, dass beim Process um Sclaven zuerst Exhibition, dann possessorium und zuletzt vor demselben Richter petitorium erfolgt. Es ist wahrscheinlich, dass diesfalls Exhibition auf Grund des interdictum futurum als actio directa gefordert wurde, da die Rolle des Vindicationsklägers erst durch den Ausgang des possessorium bestimmt wurde. Wer im Besitzstreit zu siegen hoffte, wird sich kaum dem summatim cognoscere über sein Eigenthumsrecht unterzogen haben.

sessorischen Interdict als directum in den Quellen keine Spur zu finden. Denn wenn es in l. 1 §. 32 de ui Ulp. heisst:

> Si fundus, a quo ui expulsus sim, mihi restitutus esset, ceterae uero res, quae ui ablatae sunt, non restituantur, hic dicendum est interdictum nihilo minus tenere, quia uerum est ui esse deiectum. plane si quis uelit de possessione quidem rei soli per hoc interdictum experiri, de rebus uero mobilibus ad exhibendum actione, potest hoc suo arbitrio habere, et ita Julianus scribit: idem scribit et si quis ui bonorum raptorum de huiusmodi rebus uelit experiri —

so ist hierbei zweifellos an eine actio ad exh. mit uindicatio als iud. directum zu denken. Wer wird nebeneinander das directum (per hoc interd. experiri) und eine auf dieselbe Klage gegründete actio ad exh. anstellen? Es ist der bei Weitem nächstliegende Fall, dass die res mobiles ablatae dem deiectus eigenthümlich gehörige Sachen sind, welchen Falls dann auch über dieses Eigenthum wenig Streit sein wird, so dass sich hier die actio ad exh. besonders empfiehlt[1]). Dass auch auf Restitution von dem deiectus nicht gehörigen res ablatae mit dem interd. de ui geklagt werden kann, darauf kommt der Jurist erst im folgenden §. 33 des Fragments.

Uebrigens wurde schon Eingangs dieses § bemerkt, dass es allerdings ausser dem interd. utrubi noch einige andere Interdicte giebt, welche, wenn auch in den Quellen davon keine Erwähnung geschieht, doch für tauglich erklärt werden müssen, als iud. dir. einer Exhibitionsklage zu dienen. Zunächst das Saluianum, welches wir uns mit Dernburg[2]) als, wie überhaupt dem interd. utrubi nachgebildet, so insonderheit nicht blos gegen den Pächter, sondern auch gegen jeden dritten possessor wirksam denken. Und ebenso steht

---

[1]) S. oben §. 16 S. 78. Ebenso ist die in l. 19 §. 1 ad exh. gegebene actio ad exh. nicht, wie Glück XI S. 183 irrig annimmt, auf das interdictum de glande legenda, sondern vielmehr auf uindicatio gegründet.

[2]) Pfandrecht I S. 58 ff.

es mit dem interdictum quorum bonorum, welches gegen Jeden geht, qui pro herede uel pro possessore possidet. Denn wenn für die Haftung dieser Klage gegenüber, gerade wie bei der hereditatis petitio, auch eine bestimmte Qualität des Besitzes, ein bestimmter Grund der verweigerten Restitution vorausgesetzt wird, so ist doch die Begründung des klägerischen Rechts etwas vom Verhältniss des Beklagten zur Sache, dem Grunde seiner Haftung ganz Unabhängiges, vollständig Trennbares, und somit eine Ausscheidung des Objects für das summatim cognoscere möglich. Für eine actio ad exh. auf Grund genannten Interdicts passt die Regel: aduersus possessorem hac actione agendum. Mag der Besitzer einer Erbschaftssache wie immer zur Sache gekommen sein, als Pfandgläubiger, Depositar u. s. w., so ist er, falls er nur die Verweigerung der Herausgabe auf eigene Erbprätension oder auf das blosse quia possideo stellt, der rechte Beklagte für das interd. quorum bonorum und somit für eine auf dasselbe gegründete actio ad exh.[1]).

Wenn wir nach dem Ausgeführten als actio directa einer Exhibitionsklage nur das interdictum utrubi, Saluianum, quorum bonorum als zulässig erkannt haben, so liegt eigentlich nur bezüglich des an erster Stelle genannten Rechtsmittels ein Hinausgehn vor über das Princip: actio ad exhibendum ei competit qui in rem acturus est qualicunque in rem actione. Denn wenn auch nicht im formell processualischen Sinne,

---

[1]) Vielleicht ist die in l. 29 de furt. erwähnte actio ad exh. eine auf interd. quorum bonorum gegründete. Man kann aber bei ihr auch an hereditatis petitio oder uindicatio als iudicium directum denken. Leist in Glücks Comm. Ser. d. B. 37 u. 38 erst. Thl. Ziffer 82 lässt ganz richtig actio ad exh. auf Grund des interd. quor. bon. zu. Auf ein ausdrückliches Quellenzeugniss kann man sich aber nicht berufen Zweifelhafter Deutung fähig erscheinen die Worte S. 419: „unter den dieser (ad exh.) actio überhaupt entsprechenden Voraussetzungen z. B. die surripirten und nicht delirten tabulae hereditariae sind vom Surripienten in die Wand seines Hauses eingefügt, von der sie erst wieder getrennt werden müssen“. — Andere Voraussetzungen, als Berechtigung zum iud. dir. und exhibendi facultas bezw. dolose Entäusserung giebt es für unsere actio nicht.

so sind doch materiell genommen, dem Dienst nach, den sie leisten, die beiden letztgenannten Rechtsmittel dingliche Klagen, was insonderheit an dieser Stelle keiner Begründung bedürfen wird.

§. 28.

Noxalklagen als iudicium directum.

Bisher hat sich herausgestellt, dass nur auf Grund von in rem actiones, einiger dinglichen Character tragenden interdicta adipiscendae possessionis und des interdictum utrubi die formula ad exh. gegeben wird.

Wie verhält sich nun zu diesem Resultate die in den Quellen stark betonte, für die römische Praxis ganz wichtige Anwendung der actio ad exh. zur Vorbereitung von Noxalklagen? Eins ist auf den ersten Blick klar. Die Noxalklagen theilen mit denjenigen Rechtsmitteln, welche wir bisher als iudicia directa haben kennen lernen, dass sie aduersus possessorem gehn, dass mithin jenes Auseinanderhalten der intentio der futura actio und der Passivlegitimation bei ihnen möglich und statthaft erscheint. In dieser Scheidbarkeit haben wir eben eine wesentliche Voraussetzung der actio ad exh. zu erkennen gesucht.

Aber auch die andere Frage ist nicht schwer zu beantworten, wie die Jurisprudenz dazu gekommen ist, bei der sonstigen Strenge in der Annahme eines für den Exhibitionsanspruch genügenden Interesses, gerade in einer bevorstehenden Noxalklage ein solches zu finden, da doch der seruus noxius nicht nur nicht Gegenstand einer in rem actio, sondern auch nicht einmal Gegenstand eines Forderungsrechts ist, vielmehr in unsern Quellen die noxae deditio nur als eine dem dominus gestattete Abwendung seiner durch das Delict des seruus begründeten Ersatzpflicht erscheint.

Ohne uns hier auf eine eingehende Behandlung des Princips der Noxalhaft einlassen zu können, dürfen wir die unseres Erachtens richtige Auffassung von Dirksen[1]) und

[1]) Civilist. Abhdlgg. I n. 2 S. 164 f.

Jhering[1]), welche auch durch v. Wyss[2]) gut vertheidigt und von Kuntze[3]) angenommen wird, zur Beantwortung unserer Frage herbeiziehn. Nach dieser Anschauung haben die Noxalklagen „ursprünglich die absolute Forderung auf Auslieferung der Schaden bringenden Person zum Zweck der Ausübung der Privatrache enthalten". Es ist hiernach die Zuständigkeit strafrechtlicher Verfolgung des schuldigen Sclaven durch den Beschädigten[4]) der eigentliche Rechtsgrund des Anspruchs auf noxae deditio. Wenn nun auch, wie überhaupt im späteren Recht das Princip der Selbsthülfe überwunden, so auch durch Vertheidigung bezw. Leistung der litis aestimatio dem Herrn des Schuldigen ein Mittel gegeben ist, die Verfolgung der Person des letzteren auszuschliessen, sich denselben zu erhalten — so kann der dominus doch keineswegs berechtigt sein, dem Beschädigten die Verfolgung seines Rechts, den Nachweis des erlittenen Unrechts dadurch zu erschweren bezw. unmöglich zu machen, dass er ihm den Zutritt zu dem Beschuldigten, das Wiedererkennen desselben, die Ermittelung seines Namens, das Inquiriren, Confrontiren, die Befragung nach Mitschuldigen u. s. w. verwehrt.

Diesen Zwecken dienstbar wird denn auch die actio ad exh. in dieser ihrer Anwendung geschildert. So in l. 3 §. 7 ad exh. Ulp.:

> Si quis noxali iudicio experiri uelit, ad exhibendum ei actio est necessaria: quid enim si dominus quidem paratus sit defendere, actor uero destinare non possit nisi ex praesentibus, quia aut seruum non recognoscit aut nomen non tenet? nonne aequum est ei familiam exhiberi, ut noxium seruum adgnoscat? quod ex causa debet fieri

---

[1]) Geist des röm. Rs. I S. 131 f. (3. Ausg.). Vgl. auch Bethmann-Hollweg, R. CPr. II S. 415 Anm. 40.

[2]) Die Haftung für fremde culpa S. 22 ff.

[3]) Excurse S. 454 f.

[4]) Ein verdächtiger Sclav wird dem Beschädigten zur Untersuchung freiwillig ausgeliefert in l. 15 de cond. caus. dat. c. n. s.

ad designandum eum, cuius nomine noxali quis agit, recensitione seruorum facta.

Und in l. 20 eod. Ulp.:

Quaestionis habendae causa ad exhibendum agitur ex delictis seruorum ad uindicandos (indicandos) conscios suos.

Dass es der strafrechtlich-inquisitorische Gesichtspunct ist, welcher der actio ad exh. in ihrer Anwendung auf noxii serui zu Grunde liegt, geht auch daraus hervor, dass bei beabsichtigter Criminalanklage ebenfalls unser Rechtsmittel gegen den Herrn des Beschuldigten geht[1]). Auch dass hier wegen Eines Beschuldigten unter Umständen die ganze Sclavenschaft vorgeführt werden muss, weist auf obigen Gesichtspunct hin.

Es muss bei Noxalklagen die Exhibition des seruus wohl regelmässig stattgefunden haben[2]), so dass der dominus nun entweder defensio des Exhibirten übernahm, oder falls dies nicht geschah, sofort sein Recht auf das caput noxium abtreten musste[3]). Eben weil bei mangelnder defensio das exhibere ohne Weiteres zum carere dominio führt, wird in manchen Stellen exhibere identisch mit noxae dedere gebraucht[4]).

Es kommt übrigens auch ein exhibere eines schon dem Beschädigten überantworteten noxius seruus vor, indem, falls die Voraussetzungen einer in integrum restitutio vorliegen, der Ueberlieferte wieder ad defendendum exhibirt werden muss; in diesem Falle scheint es aber keiner actio ad exh.

---

[1]) c. 2 ad exh. cf. c. 2 de accusation. — Wenn Jemand einen seruum in ius uocatum ui exemit, so cessirt die Poenalklage des Edicts (ne quis eum, qui in ius uocabitur, ui eximat) und es steht actio ad exh. zu: l. 3 pr. h. t.

[2]) Und zwar loco commissi delicti l. 43 de noxal. act.

[3]) l. 21. 28. 29. 32. 33. 43 de noxal. act. Auf iudicio sisti = exhiberi des Beschuldigten geht auch die Caution l. 1 si ex noxal. causa. Besonderes Recht bei Sclaven der Publicanen l. 1 de public., wo Rudorff, edict. perp. §. 86 n. 1, an eine actio ad exhibendum denkt, aber wohl mit Unrecht l. 1 §. 6 l. 2. 3 pr. eod.

[4]) l. 21 §. 3. 4. l. 22 §. 3 de noxal. act. l. 2 §. 1 si ex noxal. causa.

bedurft zu haben, sondern der Praetor unmittelbar eingeschritten zu sein[1]).

Resultat unserer Erörterung ist, dass die actio ad exh. mit actio noxalis als iudicium directum auf dem ganz specifischen, dem ganzen Noxalrecht zu Grunde liegenden Gesichtspuncte einer Verfolgung der Person des noxius beruht. Daraus folgt, dass diese Anwendung der Exhibitionsklage für die Gewinnung eines Princips über den Kreis ihrer Anwendung auf dem rein vermögensrechtlichen Gebiete ganz ausser Ansatz bleiben muss. Auch Paulus in l. 12 §. 6 ad exh.[2]) abstrahirt bei Aufstellung seines Princips von diesem Falle eines Exhibitionsanspruchs.

§. 29.

Keine obligatorischen Klagen als iudicium directum.

Bisher ist uns immer noch kein Fall aufgestossen, dass obligatorische Ansprüche auf eine Sache eine actio ad exhibendum begründet hätten. Nun aber treffen wir auf unsere Stelle, welche uns mit Macht zur Annahme eines obligatorischen iud. directum hinzudrängen scheint, nämlich l. 12 §. 2 h. t. Paul.:

> Saepius ad exhibendum agenti, si ex eadem causa agat, obstaturam exceptionem Julianus ait: nouam autem causam interuenire, si is qui uindicandi gratia egisset, post acceptum iudicium eam (sc. rem) ab aliquo accepit, et ideo exceptionem ei non officere. item si ei, qui furti acturus ad exhibendum egisset, iterum furtum factum sit. denique si quis optandi gratia ad exhibendum egisset et post litem contestatam alterius testamento optio data sit, ad exhibendum agere potest.

In diesem Ausspruche interessirt uns zunächst nur, dass ein furti acturus ad exh. klagen kann. Wirft das nicht Alles,

[1]) l. 2 §. 1 si ex noxal. causa.
[2]) Siehe vorigen §. S. 140.

was oben über die Unstatthaftigkeit des interd. de ui, de precario als iudicium directum gesagt wurde, und überhaupt unser ganzes Princip über den Haufen, dass nur auf Grund von Klagrechten, welche aduersus possessorem gehn, ad exhibendum geklagt werden kann? Die actio furti ist ja doch eine Delictsklage, also eine obligatorische Klage und geht nur gegen den fur selbst. Dazu kommt noch, dass das in der actio furti ausgedrückte Forderungsrecht gar nicht einmal auf diejenige Sache geht, um deren Exhibition es sich handelt, sondern auf eine Geldsumme.

Auch dieser Zweifel wird sich lösen lassen. Wenn Paulus nur sagte, dass ein Bestohlener die actio ad exh. hätte, so würde dies mit mehreren Stellen übereinstimmen, wo dasselbe gesagt wird[1]), welche aber einfach dadurch zu erklären sind, dass der Bestohlene als Eigenthümer, also als uindicaturus ad exh. klagt. Das geht schon daraus hervor, dass auch die condictio furtiua mit zur Auswahl gestellt ist, und wird noch ausserdem in l. 1 pr. de priu. del. und l. 1 §. 2 coll. l. 2 de tigno iuncto ausdrücklich gesagt[2]). Allein in unserer l. 12 §. 2 ist zweifellos die Rede von einer actio ad exh. mit designirter actio furti. Wir wissen von früher her[3]), dass ganz gewöhnlich die iusta causa exhibendi, die zu demonstrirende futura actio durch partic. futuri ausgedrückt wird. Bei der Genauigkeit, mit welcher actio furti und condictio furtiua natürlicher Weise in den Quellen auseinander gehalten werden, ist auch die Möglichkeit ausgeschlossen, bei dem furti acturus an die cond. furt. zu denken, womit übrigens, da auch sie nicht aduersus possessorem geht, auch nichts gewonnen wäre.

[1]) l. 7 §. 1 de cond. furt. l. 1 §. 6 de ui. l. 1 pr. de priu. del. l. 1 §. 2 l. 2 de tign. iuncto. l. 8 §. 2 arb. furt. caes. l. 17 §. 2 de praescr. uerb. l. 4 de r. u. l. 1 §. 3 de aleat.

[2]) In l. 1 §. 3 de aleat. ist actio furti versagt; es muss demnach für die gegebene act. ad exh. die uindicatio als iud. directum gedacht werden, wie dies von der mit der accusatio expilatae hereditatis concurrirenden actio ad exh. ausdrücklich gesagt ist l. 2 §. 1 expil. hered. Ganz in demselben Sinne concurrirt act. ad exh. auch mit actio rerum amotarum l. 22 §. 1 rer. amot.

[3]) S. oben §. 9 Nr. 3.

Da ist denn die nächstliegende, in jeder Beziehung befriedigende Erklärung, auf die man wohl nur deshalb nicht gekommen ist, weil überhaupt unsere ganze Frage noch nicht erschöpfend erörtert wurde — diejenige, dass Paulus von einer actio furti *noxalis* redet. Wegen mehrerer von einem seruus hintereinander begangenen Diebstahlsfälle kann natürlicher Weise auch mehrere Mal hintereinander Exhibition des caput noxium verlangt werden, ohne dass Klagenconsumption entgegenstände. Häufig ist in den Quellen von einer noxalis actio die Rede, ohne dass diese Qualität besonders bezeichnet wird[1]). Unsere Erklärung wird auch noch dadurch unterstützt, dass in l. 3 ad exh. als die nächstliegenden und deshalb in erster Linie erwähnten causae exhibendi erscheinen das Zustehn eines dinglichen Rechts, einer optio, eines Noxalanspruchs. Ganz ebenso erörtert Paulus in unserer Stelle die Consumptionsfrage an diesen drei Hauptanwendungsfällen[2]).

Es giebt noch eine zweite Stelle, aus welcher man auf eine actio ad exh. auf Grund der actio furti zu schliessen versucht sein könnte, nämlich l. 16 de offic. praes. Macer:

Senatus consulto cauetur, ut de his, quae prouincias regentes, comites aut libertini eorum, antequam in prouinciam uenerint, contraxerunt, parcissime ius dicatur, ita ut actiones, quae ob eam causam institutae non essent, posteaquam quis eorum ea prouincia excesserit, restituerentur. si quid tamen inuito accidit, ueluti si iniuriam aut furtum passus est, hactenus ei ius dicendum est, ut litem contestetur resque ablata exhibeatur et deponatur aut sisti exhiberiue satisdato promittatur.

---

[1]) Z. B. l. 18. 40. 41 de noxal. act. l. 16 § ult. fam. hercisc. l. 43 §. 12 de furt.

[2]) Durch unsere Erklärung erledigt sich auch das oben ausgesprochene Bedenken der Nichtidentität des durch das iudicium directum zu verfolgenden und des zu exhibirenden Gegenstandes. Denn dass die Noxalklagen nach ihrem Grundgedanken eine Verfolgung des seruus enthalten, wurde im vorigen § nachgewiesen.

Für uns[1]) kommen hauptsächlich nur die Schlussworte der Stelle in Betracht, insofern wir behaupten müssen, dass in ihnen keineswegs von einer actio ad exh. der obenerwähnten Art die Rede ist. Einmal wäre, wenn wir das 'exhibere' als ein durch unsere actio herbeigeführtes bezw. herbeizuführendes annehmen wollten, damit noch lange nicht actio furti als zum iudicium directum tauglich anerkannt, sondern wir würden, wie in den zahlreichen übrigen Stellen[2]), wo dem Bestohlenen actio ad exh. freigestellt wird, an die uindicatio oder eine sonstige in rem actio als Hauptklage zu denken haben. Ferner ist es aber auch höchst wahrscheinlich, dass das exhibere bezw. die Caution im Falle unserer Stelle als direct vom Magistrat zu erzwingend gemeint sind. Eine actio, Verhandlungen in iudicio sollen ja eben zunächst vermieden werden; die actio ad exh. aber kann behufs Erörterung des quanti ea res oder auch wenn etwa Beklagter sich vertheidigt quibusdam exceptionibus (l. 1. §. 13 ad exh.), zu ebenso eingehenden Untersuchungen führen, als jede andere Klage. Muther[3]) lässt den Exhibitionsbefehl nach einer summarischen Cognition durch den Magistrat erfolgen. Dann handelt es sich aber eben nicht um eine actio ad exh., bei welcher das summatim cognoscere Sache des iudex ist. Es ist somit das exhibere in der l. 16 jedenfalls ein durch directen magistratlichen Zwang herbeizuführendes.

Uebrigens müssen wir hier verweisen auf die weiter unten (§. 46) zu liefernde Erörterung der praetorischen actio furti non exhibiti, welche dem Bestohlenen freilich nur unter gewissen Voraussetzungen einen von einem iudicium directum ganz unabhängigen, sehr gewichtigen Exhibitionsanspruch gewährt und insofern als eine praetorische Ergänzung der civilen actio ad exh. erscheint.

---

[1]) Ueber die ganze Stelle siehe Muther, Sequestration S. 164 ff., mit dem wir aber, was das Verfahren in Diebstahlsprocessen betrifft (S. 169 ff.), keineswegs durchgängig übereinstimmen.

[2]) Siehe S. 148 Anm. 1.

[3]) S. 172.

§. 30.

Fortsetzung.

Das Resultat der in den letzten §§ geführten Untersuchung, dass nämlich, abgesehn von den Noxalklagen, obligatorische Klagrechte nicht geeignet sind, einer actio ad exh. zur Grundlage zu dienen — weicht nun freilich stark ab von den Aussprüchen fast aller unserer Lehrbücher[1]), nach welchen auf Grund von dinglichen oder persönlichen Ansprüchen auf die Sache ein die actio begründendes rechtliches Interesse angenommen wird.

Diese Lehrmeinung stellt sich dar als eine Abstraction aus denjenigen Quellenentscheidungen, welche als iusta causa exhibendi Interdicte, Noxalklagen, actio furti zulassen bezw. angeblich zulassen. In unsern bisherigen Ausführungen sind alle die in Betracht kommenden Quellenstellen erörtert; es sind ferner die actio furti und alle Interdicte ausser dem im neuesten Rechte weggefallenen interdictum retinendae possessionis für bewegliche Sachen und einigen, dinglichen Character tragenden interdicta adipiscendae possessionis von den zulässigen Exhibitionsgründen ausgeschieden worden; und endlich ist auch gezeigt worden, dass bezüglich der Zulassung der Noxalklagen als iudicium directum der actio ad exh. ganz specifische, eine analoge Anwendung oder gar Generalisirung ausschliessende Gründe existiren.

Die von uns zu bestreitende Lehre erscheint auch schon deswegen als ungenügend, weil nach ihr innerhalb des Krei-

---

[1]) Z. B. Puchta, Pand. §. 397. Arndts, Pand. §. 346. Windscheid, Pand. §. 474, 2. Etwas reservirter v. Vangerow §. 707 Anm. II: „möglicherweise können doch auch Forderungsklagen durch dieselbe präparirt werden, wie namentlich possessorische Interdicte, Noxalklagen, Diebsklagen". Aehnlich Sintenis, Civilr. §. 127, I, 1. Hingegen lässt nur dingliche Klagen, Interdicte, Noxalklagen als Exhibitionsgrund zu Donellus §. 8 und ebenso mit Beschränkung auf possessorische Interdicte Brinz, Pand. S. 462. Einert und Bühler kommen bei ihrer verschwommenen Auffassung des klägerischen Interesse hier gar nicht in Betracht.

ses „persönlicher Ansprüche auf die Sache“ eine bestimmte Grenze für das Gebiet unserer Klage gar nicht gezogen wird, während doch gewiss und unbestritten ist, dass in den Quellen[1]) trotz bestehenden obligatorischen Anspruchs auf eine Sache actio ad exh. versagt wird. Es ist denn auch unter Hervorhebung der Unbrauchbarkeit jenes ganz allgemeinen Ausdrucks neuerlich der Versuch gemacht worden, ein festes Princip in dieser Richtung zu gewinnen[2]). „Wer eine Klage mit Realexecution hat, hat zur Vorbereitung derselben die actio ad exhibendum“. Und umgekehrt: „überall, wo die Exhibition als Vorbereitung zulässig ist, ist es demnächst auch die Realexecution“. Exhibere soll somit sein „der technische Ausdruck für die Fälle der Realexecution bei beweglichen Sachen“.

In dieser Identificirung liegt im Sinne Ziebarth's die Behauptung[3]), dass eine ganze Anzahl obligatorischer Klagen, als sämmtliche Interdicte, soweit es sich bei ihnen um bewegliche Sachen handelt, ferner die actio locati, commo-

---

[1]) l. 15 de cond. caus. dat. So oft auf Ausantwortung von Urkunden Contractsklagen gegeben werden l. 9 de edendo l. 8 pr. mandat. l. 48. 52 pr. de act. empt. l. 46 §. 5 de admin. et peric. tut. l. 1 §. 3 de tut. et rat. distr., wird nirgends einer concurrirenden actio ad exh. erwähnt. Besonders nahe hätte eine solche Erwähnung gelegen in l. 52 de act. empt. wo es heisst: quaesitum est, an empti iudicio *uel aliqua actione* emptor a uenditore consequi possit, ut solutionum suprascriptarum chirographa ei dentur? — Irrig behauptet u. E. Muther, Sequestr. §. 29, dass in l. 5 §. 1 depos.:

> In sequestrem depositi actio competit. si tamen cum sequestre conuenit, ut certo loco rem depositam exhiberet, nec ibi exhibeat, teneri eum palam est: quod si de pluribus locis conuenit, in arbitrio eius est, quo loci exhibeat: sed si nihil conuenit, denuntiandum est ei, ut apud praetorem exhibeat —

die Exhibition jedenfalls nicht mit der actio depositi, sondern mit actio ad exh. erzwungen werden solle. Dagegen spricht doch schon der Wortlaut der Stelle, in welcher von der actio depositi, aber mit keinem Worte von der act. ad exh. die Rede ist. Warum soll die Contractsklage nicht auf Exhibition gehn können, zu welcher der Sequester contractlich verpflichtet ist?

[2]) Ziebarth, die Realexecution und die Oblig. S. 91 ff.

[3]) Vgl. Ziebarth a. a. O. S. 89.

dati, depositi, pigneraticia, mandati, tutelae, de recepto, insoweit diese Klagen auf Restitution beweglicher Sachen gehn, endlich die Rescissionsklagen als actio quod metus causa, de dolo, Pauliana[1]) — dass alle diese Klagen das zum Exhibitionsanspruche erforderliche rechtliche Interesse begründen.

Dieser Behauptung — und nur sie ist für unsere Untersuchung von Interesse[2]) — muss nun von dem bisher gewonnenen Standpuncte aus entschieden entgegengetreten werden. Einen Beweis aus den Quellen für den von ihm behaupteten Umfang der actio ad exh. hat Z. gar nicht versucht. Es lässt sich im Gegentheil nachweisen, dass Z.'s Behauptung ebenso unvereinbar, als mit dem Wesen der actio ad exh., auch mit den Aussprüchen der Quellen ist. Wäre es erklärlich, dass, die Zulässigkeit der Exhibitionsklage auf Grund so wichtiger und häufiger Klagrechte wie actio locati u. s. w. vorausgesetzt, nicht ein allereinziges Mal einer actio ad exh. mit solchem obligatorischen iudicium directum Erwähnung geschieht? Man könnte zwar vielleicht entgegnen, dass eine solche Erwähnung deshalb unterblieben sein möge, weil, wo actio locati u. s. w. begründet ist, gewöhnlich auch uindicatio zusteht, also letztere causam exhibendi gewährt. Nur für die Fälle, wo jene Contractsklagen auf Restitution einem Nichteigenthümer zustehn, wäre — könnte man sagen — die obligatorische Klage als iud. directum nöthig, und solche Fälle wären einer Erwähnung kaum werth gewesen. Allein bei dieser Argumentation wäre vergessen, dass es ebensowenig gleichgültig ist, ob Eigenthum oder ein Vertragsabschluss zu bescheinigen[3]) ist, als es gleichgültig ist, ob Kläger Eigenthum oder Vertragsabschluss zu beweisen hat. Würde nicht die actio ad exh. eines locati u. s. w. acturus ebenso häufig der eines uindicaturus vorzuziehen sein,

---

[1]) Ziebarth S. 105 Anm. 32.

[2]) Gegen die Identificirung überhaupt siehe Degenkolb, krit. Vierteljahrschr. IX S. 215 ff.

[3]) Wir gebrauchen hier diesen Ausdruck nur der Kürze wegen für das Behufs des summatim cognoscere vom Kläger Darzuthuende.

als die actio locati u. s. w. selbst der uindicatio? Und doch keine Spur in den Quellen von einer actio ad exh. der ersteren Sorte[1]). Im Gegentheil wird häufig, gerade weil die Contractsklage auf Restitution beweglicher Sachen versagt, auf actio ad exh. verwiesen[2]).

Aber selbst wenn wir über das anderweitige Schweigen der Quellen hinwegsehn wollten, wie wäre es möglich, dass Ulpian in l. 3 ad exh. die angebliche Statthaftigkeit unserer Klage auf Grund einer obligatorischen Geschäftsklage auf Restitution auch nur andeutungsweise zu berühren unterlassen hätte? Es liegt uns in genanntem Fragmente eine nicht nur innerlich zusammenhängende und gedankenmässig fortschreitende, sondern auch äusserlich vollständige Erörterung über die Activlegitimation zur actio ad exh. vor. Vollständig ist die Erörterung — denn sie beginnt im pr. des Fragments mit der allgemeinen Bemerkung, dass der Exhibitionskläger die argumenta rei de qua agitur d. h. wie früher entwickelt wurde[3]), die causa ad exh. agendi bezeichnen müsse. Mit §. 1 beginnt nun die Aufzählung dieser causae und endigt mit §. 14, indem mit §. 15 Ulpian zur Erörterung der Passivlegitimation übergeht.

Dass die von §. 1—14 gegebene Ausführung aber auch eine logisch gegliederte und auf erschöpfende Darstellung berechnete ist, wird bei einer Uebersicht über den Gedankengang sofort klar. An der Spitze (§. 1) der Satz, dass nicht etwa nur auf Grund behaupteten Eigenthums, sondern auch aus vielen andern Gründen Exhibition verlangt werden könne. Sofort folgt nun nach einem Einschiebsel über das iusiurandum in litem (§. 2) im §. 3 das Princip: ei competit (a. a. exh.), qui in rem acturus est qualicunque in rem actione, wozu in §. 3 und 4 Beispiele gegeben werden. In §. 5 wird die Klage einem interdicturus zugesprochen. Nun in §. 6

---

[1]) S. 152 Anm. 1.
[2]) Siehe oben §. 16 S. 77.
[3]) §. 8.

wieder zurück auf den uindicaturus (optaturus). Hieraut in §. 7 die Noxalklagen als Exhibitionsgrund. Jetzt (§. 8) wieder zurück zum uindicaturus, indem von allen an der Vorweisung von Testamenten und Codicillen Interessirten nur dem Erben actio ad exh. gegeben wird. Bis jetzt ist gewiss keine Rede von obligatorischen Restitutions- und Rescissionsklagen. Aber nunmehr folgt in §. 9 gleichsam als eine clausula generalis der Satz:

> Sciendum est autem non solùm eis quos diximus competere ad exhibendum actionem, uerum ei quoque, cuius interest exhiberi: iudex igitur summatim debebit cognoscere, an eius intersit, non an eius res sit, et sic iubere uel exhiberi, uel non, quia nihil interest.

Soll nun mit diesen Worten vielleicht gesagt sein, dass wegen aller möglichen Vermögensansprüche Exhibition begehrt werden könne? Dies gewiss nicht, denn das wäre ja handgreiflich falsch. Der Jurist will vielmehr nur sagen, dass bisher nicht alle Einzelfälle der Anwendung unseres Rechtsmittels angeführt sind, z. B. nicht der hereditatem petiturus, actione publiciana acturus u. s. w. Ueber die Grenzen des durch die gegebene Ausführung bezeichneten Gebiets der actiones in rem oder doch actiones quibus aduersus possessorem agitur hinaus will Ulpian keineswegs gehn. Deshalb sagt er auch höchst bezeichnend am Schlusse der Stelle wieder ganz genau dasselbe, was er am Beginne seiner Aufzählung §. 1 mit den Worten ausgedrückt hat:

> Qui ad exhibendum agit, non utique dominum se dicit nec debet ostendere, cum multae sint causae ad exhibendum agendi.

Wenn der Jurist wirklich über die Grenze der bisher aufgezählten Klagarten hätte hinausgehn wollen, so hätte er doch nicht immer wieder das Eigenthum als einzigen Exhitionsgrund negiren, sondern an dieser Stelle ungefähr sagen müssen: der Richter soll untersuchen an eius intersit, nicht aber ob gerade eine in rem actio oder noxalis actio zustehe,

Und was folgt nun im §. 10, wo Ulpian immer weiter[1]) nach den Grenzen des zu bemessenden Gebiets vordringt? Wiederum erscheint der uindicaturus, und bis zum Ende der Stelle folgen immer wieder die alten Beispiele. Selbst wo der Jurist schon über das Gebiet der actio ad exh. hinaus auf eine actio in factum verweist, dreht sich abermals die Entscheidung um die Zuständigkeit einer uindicatio.

Hiernach wird man wohl zu der Behauptung berechtigt sein, dass mit der Darstellung Ulpian's die Ausdehnung, in welcher Ziebarth unsere Klage für zulässig hält, unvereinbar ist.

Noch weiter geht aber genannter Schriftsteller, wenn er der actio ad exh. eine Anwendung zuschreibt, kraft deren sie dem Kläger Wiedererlangung solcher Sachen ermöglicht, die ihm der Beklagte durch Delict entzogen hat, einerlei ob Kläger Eigenthümer, Besitzer oder blosser Detentor war[2]).

Dem steht Alles entgegen, was bisher ausgeführt wurde, ganz abgesehn davon, dass wir auf diese Weise zu einer actio ad exh. kämen ohne Anspruch auf die Restitution der Sache als iudicium directum. So z. B. wenn einem detentor die innegehabte Sache entwendet ist; er hat wohl die poenale actio furti, aber (abgesehn eben von der vermeintlichen actio ad exh.) keinen Anspruch auf Restitution der Sache.

Zu Ziebarth's Satz könnte man nur auf Grund stichhaltiger Quellenentscheidungen kommen, welche dann freilich zugleich unsere ganze Auffassung des Rechtsmittels wankend machen würden. An solchen Entscheidungen fehlt es aber vollständig. Z. beruft sich auf eine Anzahl von Stellen, in welchen einem Bestohlenen oder sonst durch Delict um bewegliche Sachen Gebrachten neben andern Klagen zur Rückerlangung auch actio ad exh. gegeben wird[3]).

---

[1]) Plus dicit Julianus rell.

[2]) Ziebarth a. a. O. S. 94 ff.: „Eine dritte Ausdehnung dieser Klage" nennt es Z. Gegen die beiden ersten angeblichen Ausdehnungen siehe oben §. 26 und §. 16.

[3]) l. 7 §. 1 de cond. furt. l. 1 §. 6. 32 de ui. l. 22 §. 1 rer. amot.

Wir haben schon früher[1]) gesehen, dass dabei an die uindicatio als iudicium directum zu denken ist, und warum unter Umständen unser Rechtsmittel geeignet ist, leicht zum Ziele zu führen. Aber eben auch nur unter Umständen. Keinem Juristen fällt es ein, die Klage einem Bestohlenen u. s. w. für jeden Fall oder in erster Linie zu empfehlen. Im Gegentheil wird auf actio ad exh. in den betreffenden Stellen erst in zweiter Linie und gleichsam euentualiter verwiesen. Stünde diese Klage jedem Bestohlenen als solchen zu, führte sie jedenfalls, ganz abgesehn vom eignen Rechte des Bestohlenen zur Wiedererlangung der gestohlenen Sache, welcher Bestohlene würde dann zur uindicatio oder condictio furtiua greifen?

Am Wenigsten kann uns endlich zur Annahme Ziebarth's treiben die vielbesprochene c. 22 §. 3 de furt.[2]). So unmöglich es erscheint, diejenige Klage mit Sicherheit zu bestimmen, welche dem bestohlenen Commodatar zu einer Condemnation des fur in rem furtiuam verholfen hat, so wenig ist Grund vorhanden, gerade die actio ad exh. herbeizuziehn; umsoweniger, als die Gewährung der actio rerum amotarum für den bestohlenen Commodatar im §. 4 der c. 22 darauf hinzuweisen scheint, dass auch in §. 3 an ein Condictionencharacter tragendes Rechtsmittel gedacht ist[3]).

Schlussresultat unserer ganzen auf das Interesse als Exhibitionsgrund gerichteten Untersuchung ist, dass nur actiones in rem auf Restitution einer Sache die Klage auf Exhibition derselben begründen können, abgesehn von dem interdictum utrubi, welches schon im neuesten römischen Rechte verschwunden ist, und den Noxalklagen, welche ebenfalls dem heutigen Rechte fremd sind. Wie dieses Resultat den Quellen entspricht, so stimmt es auch vollkommen überein mit Demjenigen, was wir aus dem Wesen der actio ad exh. oben in §. 27 gefolgert haben.

---

[1]) §. 16 S. 78. §. 29 S. 148.
[2]) S. 93 f.
[3]) Siehe Windscheid, Pand. §. 453 Anm. 11.

Fünftes Capitel.

Das summatim cognoscere im Exhibitionsprocess.

§. 31.

Summatim.

Das dem iussus ad exhibendum vorausgehende cognoscere an actoris intersit[1]) richtet sich immer zugleich auf die Zuständigkeit eines bestimmten futurum iudicium[2]) und somit auch auf die gegenwärtige oder doch eben durch die Exhibition eintretende[3]) Existenz des demselben zu Grunde zu legenden Rechts[4]).

Es erscheint aber keineswegs dieses Recht als Gegenstand einer selbständigen, erschöpfenden Untersuchung, welche etwa über den iussus ad exh. hinauswirken könnte. Das geht schon daraus hervor, dass es zu keiner pronuntiatio über die Existenz jenes Rechtes kommt. Diese Existenz kommt nur in Betracht als Grundlage, als entscheidendes Moment für die Beantwortung der andern Frage an actoris intersit — ein Zusammenhang der Dinge, welcher Licht zu werfen geeignet ist auf die Bedeutung des Ausdrucks *summatim* cognoscere.

Bekanntlich giebt es ausser der unsrigen noch eine ganze Reihe von Stellen, in welchen ein summatim cognoscere vorkommt, und die Processualisten sind über das Characteristische

---

[1]) l. 3 §. 9 h. t. abgedruckt S. 155.

[2]) S. §. 19.

[3]) S. §. 20 ff.

[4]) Ziemlich verschwommen spricht sich über den Gegenstand des summ. cogn. aus Sintenis, Civilrecht II §. 127. I, 1: „Dagegen aber ist, um nicht der Willkühr von der andern Seite die Thür zu öffnen, der Nachweis erforderlich, dass man genügende Gründe habe, die Vorzeigung zu fordern, wozu dann auch die Darlegung solcher Umstände gehört, aus welchen man sich eventualiter bewogen fühlen muss, die Hauptklage anzustellen“.

dieser Verhandlungsart keineswegs ein und derselben Meinung[1]). Wir unsrerseits sind darauf angewiesen, das summatim cognoscere des Exhibitionsstreits wo möglich in dieser seiner speciellen Anwendung zu erkennen zu suchen, so dass die übrigen Stellen höchstens als unterstützendes Moment in Betracht kommen, und die Frage, ob überhaupt jener Ausdruck eine einheitliche, von einem festen Princip geregelte Verhandlungsweise bezeichnet, ausser der Erörterung bleibt.

Ausgegangen kann davon werden, dass in dem Satze: iudex summatim debet cognoscere an eius intersit — das Wort summatim ganz seine gewöhnliche Bedeutung hat „in der Hauptsache, im Allgemeinen"; es soll damit gesagt sein, um die Worte Bethmann-Hollweg's zu gebrauchen, „dass der Richter seine Ueberzeugung auf die Hauptmomente gründen, Nebenpuncte unbeachtet lassen soll". So viel ist von vornherein klar, dass nur in diesem Sinne von einem „Ausspruche auf blosse Wahrscheinlichkeit hin" die Rede sein kann, keineswegs etwa in dem andern Sinne, dass es der iudex mit der Glaubwürdigkeit der Beweismittel nicht so genau zu nehmen brauche, wie in andern Processen. Eine Anweisung an den Richter des letzteren Inhalts hätte schon deswegen gar keinen Sinn, weil, um uns des kürzesten Ausdrucks zu bedienen, für den römischen iudex nichts von einer formalen Beweistheorie existirte.

Welches sind nun bei der Untersuchung an eius intersit die Hauptmomente, welches die Nebenpuncte? Um diese Frage zu beantworten, setzen wir die actio ad exh. mit uindicatio als iudicium directum und greifen dem Gange unserer Erörterung ein wenig voraus. Wenn nach erlassenem iussus ad exh. Beklagter contumax ist, und es kommt zur condemnatio auf quanti ea res est, so erfolgt, wie später weiter auszuführen ist, cognoscere und aestimare Behufs der con-

---

[1]) Vgl. einerseits Wetzell, Syst. §. 29, andrerseits Briegleb, Einleitung §. 53 ff., und summatim cognoscere quid sit etc. p. 7 sq. Ueber Briegleb Bethmann-Hollweg, R. CPr. III S. 343 n. 2.

[2]) a. a. O.

demnatio nicht summatim, sondern ganz in gewöhnlicher Weise, wie im Vindicationsprocesse. Die Existenz des Interesses ist aber abhängig von der Beantwortung der Frage, ob Kläger im iudicium directum gesiegt haben würde. Und für die Beantwortung der letzteren Frage werden nun folgende Puncte in Betracht kommen müssen:

1) Ist Kläger Eigenthümer?
   a) Ist er es überhaupt einmal geworden?
   b) Ist er es noch?
2) Hat Beklagter nicht Einreden, welche ihm dem klägerischen Eigenthum gegenüber zur Absolution verholfen haben würden?

So bei Bestimmung an eius intersit Behufs der Condemnation. Welche von diesen Momenten hat nun der Richter beim summatim cognoscere Behufs des iussus ad exh. als Nebenpuncte nicht zu berücksichtigen?

Zum Theil erhalten wir hierüber recht gute Auskunft in l. 3 §. 13 h. t. Ulp.[1]).

Von Einreden, welche dem iud. dir. entgegengehalten werden, soll der summatim cognoscens[2]) nur berücksichtigen
   a) die sofort evidenten,
   b) einige andere, abgesehen von ihrer Evidenz.

Es liegt nun nahe, nach dem Grunde dieser Bestimmung zu fragen. Handelte es sich nur um Kategorie *a*), so würde die Vermeidung von Verzögerung eine genügende ratio bieten. Allein die blosse Beschleunigung des Verfahrens als leitendes Princip gedacht würde wenig genügen für Kategorie *b*), da doch z. B. exceptio pacti conuenti oder doli mali

---

[1]) Abgedruckt S. 30.

[2]) Es ist grundlos, wenn Briegleb, quid sit etc. p. 15 sq. behauptet: quae quidem exceptiones et defensiones ut admittantur non fit ui *summariae* cognitionis, sed contra morem summariae cognitionis per *arbitrium* iudici ex hac ad exhibendum actione commissum. Die Worte unserer Stelle: per arbitrium iudici commissum — bedeuten Nichts weiter als: vermöge und Behufs des dem Richter obliegenden iussus ad exh.

unter Umständen zu recht weitläufigen Erörterungen führen können.

Ein anderer ebenfalls sehr nahe liegender Gesichtspunct giebt hingegen eine ebenso einheitliche als genügende Erklärung. Wird dem Exhibitionskläger eine exceptio gegen sein iudicium directum entgegengehalten, welche ganz offenbarer Weise dasselbe abschlagen muss, so beruhte entweder von vornherein, wenn ihm nämlich die Existenz der evidenten Einrede nicht unbekannt sein konnte, sein Exhibitionsverlangen auf blosser Chicane, oder es wird, wenn er sich jetzt erst von jener Existenz überzeugen muss, das Beharren auf seinem Verlangen zur Chicane.

Was bei evidenten Einreden feststeht, das wird im Falle der unter *b*) bezeichneten Einreden dem Exhibitionskläger wenigstens vorgeworfen. Wenn eine dieser Einreden begründet ist, so fällt die Annahme weg, dass Kläger sich hinsichtlich dieses Punctes in entschuldbarer Unklarheit befinden könne. Das bedarf wohl einer Begründung nur für die exceptio doli mali. In unserer Stelle ist unter diesem Namen gewiss nur die sogen. exceptio doli specialis zu verstehn[1]). Wollte man den weiteren Sinn des Ausdrucks zu Grunde legen, nach welchem dolo facit, quicunque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit —, so wäre die Regel des §. 13 ganz illusorisch.

Deshalb also soll sich der Exhibitionsrichter der Prüfung jener Einreden, und zwar der erschöpfenden Prüfung[2]), nicht

[1]) Das ist schon richtig erkannt von der Glosse zu l. 3 §. 13 a. u. doli mali, und von Donell §. 21. Ebenso auch Briegleb S. 244.

[2]) Die Erörterung dieser Einreden als eine summarische zu bezeichnen (Bethmann-Hollweg II §. 94 a. E.) ist kein Grund vorhanden. Summatim soll das cognoscere im Ganzen geschehn. Für Erörterung derjenigen Puncte, welche als wesentliche erscheinen, giebt es kein abgekürztes Verfahren. Umgekehrt ist es aber auch nicht richtig, wenn Ziebarth, Realex. u. Obl. S. 135 Anm. in l. 3 §. 13 gesagt findet, „bei der act. ad exh. müsse der iudex die Einreden nur summarisch prüfen, speciell dagegen und unbedingt die exc. pacti conuenti u. s. w.". Dass nur evidente Einreden zugelassen werden, kann man doch nicht als summarische Prüfung eben dieser Einreden bezeichnen.

entschlagen dürfen, weil, ihre Begründung vorausgesetzt, das Exhibitionsverlangen chicanöserweise erhoben ist. Dass dieser Gesichtspunct die Entscheidung giebt, auf was beim summatim cognoscere zu sehn ist, geht aber auch ferner hervor aus einem Ausspruche des Neratius, welchen Ulp. kurz vorher (§. 11 desselben Fragments) als 'elegans' belobt, und der uns schon in anderer Beziehung gute Dienste geleistet hat. Hier[1]) wird der iudex angewiesen, seine Cognition darauf zu beschränken (*hactenus cognoscere*), ob Kläger für sein iudicium directum (actio propter quam exhiberi sibi desideret) eine iusta et probabilis causa habe. Wo der Ausdruck probabilis causa vorkommt, bezeichnet er das Vorliegen von Verhältnissen, welche ein gewisses Verfahren oder Verlangen als gerechtfertigt erscheinen lassen, einen gegen den Handelnden oder Fordernden etwa zu erhebenden Vorwurf ausschliessen[2]). Iusta et probabilis causa actionis bedeutet demnach: eine Sachlage, vermöge deren Jemand eine actio erheben kann, ohne dass ihm daraus ein Vorwurf gemacht werden könnte. Welcher Vorwurf? Der rein objective Gesichtspunct des vollständig begründeten Klagrechts kann hierbei nicht obwalten, weil dann erst das Urtheil im Hauptprocess die Existenz der causa constatiren würde, und weil man recht wohl in einem Processe unterliegen kann, ohne dass deswegen die Anstellung der Klage als ungerecht und missbilligenswerth erschiene. Es kann deshalb nur an den Vorwurf der Chicane, der calumnia gedacht werden, welcher durch die iusta et probabilis causa ausgeschlossen sein soll.

So giebt denn das Wort des Neratius eine gute Antwort auf unsere Frage nach der Bedeutung des summatim cogno-

---

[1]) S. oben S. 27 f.

[2]) So die iusta ac probabilis causa einseitigen Rücktritts des Miethers l. 55 §. 2 loc., geleisteten Widerstands des Colonen gegen den Verpächter l. 12 de ui, die certae et receptae probabiles causae der Excusation l. 2 §. 7 de uac. et excus. mun. Ganz im gleichen Sinne die iusta et idonea causa als Ausschliessung des dolus l. 2 §. 3 de dol. Vgl. auch die iusta et probabilis ignorantia Gai. III, 160.

scere. Nur insoweit und nach der Richtung hin soll der Richter die Begründung des designirten iudicium directum untersuchen, dass er sich ein Urtheil bilden kann, ob Kläger wirklich mit Ernst und ohne Unredlichkeit seine Hauptklage als bevorstehend ankündigen kann [1]).

Wir haben unsere Untersuchung lediglich geführt mit auf die actio ad exh. bezüglichen Quellenstellen. Hätten wir uns nicht einfach auf eine Reihe von Stellen [2]) berufen können, in welchen geradezu gesagt wird, dass die summarische Cognition auf die Frage zu richten sei: calumnia oder nicht? Lässt doch z. B. Wetzell [3]) es überall, wo das römische Recht ein summatim cognoscere statuirt, auf die Feststellung ankommen, dass Implorant nicht leichtfertig und aus Chicane die seinem Gesuche zu Grunde liegenden Thatsachen behaupte.

Allein es hat nicht nur überhaupt einen summarischen Process als „bestimmt ausgeprägte Processform“ nicht gegeben [4]), sondern noch weniger ist das summatim cognoscere eine bestimmt ausgeprägte Form des Beweisverfahrens. Der Gesichtspunct, von welchem aus gewisse Momente für die Untersuchung als die Hauptmomente erscheinen, ist vielmehr für die einzelnen Anwendungsfälle ein verschiedener. So ist z. B. im Falle der l. 9 §. 6 de interrog. in iure Gegenstand der Cognition weit weniger die Abwesenheit von Chicane,

---

[1]) Auch Bethmann-Hollweg III §. 163 S. 344, 4. kommt auf Grund der Natur des Exhibitionsanspruches zu dem Resultate: „Die summarische Cognition soll die Abwesenheit der calumnia von der einen und andern (?) Seite constatiren“.

[2]) l. 7 §. 1 de hered. pet.: an bona fide imploretur iudicium de testamento. l. 3 §. 4 de Carb. ed.: an manifesta calumnia appareat eorum, qui bonorum possessionem peterent — und: si euidenter probatur filium non esse. l. 1 §. 14 de uentre in poss.: et si manifesta calumnia uidebitur eius rell. S. noch l. 3 §. 1 ut in poss. leg. l. 1 §. 9 de stip. praet. Für l. 15 §. 4 de re iud., wo die Beziehung der cognitio auf calumnia nicht ausgesprochen ist, dürfte unser für die actio ad exh. gewonnenes Resultat einen Anknüpfungspunct gewähren.

[3]) Syst. §. 29 bei Anm. 22. Vorsichtiger Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 343: „Meist verschafft sich der Richter durch die summarische Cognition nur Gewähr gegen die calumnia einer Partei“.

[4]) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 342.

als vielmehr die Frage, inwieweit die Specialität der zu gebenden Auskunft durch die processualischen Zwecke des Interroganten erheischt wird. Man braucht fernerhin nur das summatim cognoscere Behufs Spruchs über die Alimentenklage[1]), oder die Untersuchung über die Nothwendigkeit anticipirter Abhörung von Zeugen[2]), oder die summatim vorzunehmende Constatirung der contumacia[3]) in Betracht zu ziehn, um das Fehlen eines einheitlichen Gesichtspuncts zu erkennen und erklärlich zu finden.

Kommen wir nun wieder auf unsere Frage zurück, welche Momente der Exhibitionsrichter bei seiner Prüfung der Begründung des iud. directum (uindicatio) ausser Berücksichtigung zu lassen hat. Bezüglich der Einreden ist die Frage durch die Quellen selbst beantwortet, und es handelt sich nun darum, vom gewonnenen Standpuncte aus auf das übrige Vertheidigungs-, wie auch das Klagbegründungsmaterial einen Schluss zu machen.

Implorant muss zunächst gewiss die Existenz eines Erwerbsgrunds darthun, welcher an sich im Stande ist, ihm Eigenthum zu verschaffen. Hingegen würde, falls ihm bei derivativen Erwerbsarten das Eigenthum des Vormanns bestritten, oder insonderheit bei Erwerb durch Tradition etwa Dispositionsunfähigkeit des Tradenten, oder bei Berufung auf ein formell unanfechtbares Testament Testirunfähigkeit des Testators[4]) behauptet würde — die Erörterung dieser Puncte auszusetzen sein. Es müsste denn (in Analogie der exceptio euidens) Beklagter sofort seinerseits über diese Puncte evidente Auskunft zu geben in der Lage sein.

Ebenso könnte auch nur unter letzterer Voraussetzung Rücksicht genommen werden auf die Behauptung des Implo-

---

[1]) l. 5 §. 8. 9 de agnosc. lib.

[2]) l. 40 ad leg. Aquil.

[3]) c. 1 quor. appell. non recip. Ebenso in c. 2 ubi in rem act.

[4]) Oder sonstige Hindernisse der Gültigkeit. Es würde also hier ähnlich zu halten sein, wie bei der missio in possessionem eines in einem Testamente obiger Art Eingesetzten c. 2. 3 de edict. diu. Hadr. toll. Vgl. auch l. 5 §. 2 ut leg. seru.

raten, das vom Kläger erworbene Eigenthum sei erloschen. Ausgesetzt würde z. B. werden müssen die Prüfung der Behauptung, das klägerische Recht sei durch Ersitzung von Seiten des Imploraten oder eines Dritten untergegangen. Berücksichtigung hingegen müsste schon in exhibitorio die etwa durch beweiskräftige Urkunden documentirte Behauptung finden, Kläger habe die Sache dem Imploraten durch Rechtsgeschäft übereignet.

Evidenz ist übrigens selbstverständlich ein sehr relativer Begriff, was Ulpian bezeichnend ausdrückt durch „exceptio tam euidens ut facile repellat agentem“ und indem er den Gegensatz bezeichnet mit dem Comparativ „obscurior uel quae habeat altiorem quaestionem“.

§. 32.

Beweismittel.

Der Begriff *summatim* cognoscere bezieht sich darauf, was Gegenstand der Cognition ist, keineswegs enthält er etwas Besonderes in Bezug auf die Frage, wie und wodurch der Beweis des klägerischen Interesses zu führen ist?

Bekanntlich lehrten aber schon die Glossatoren [1], überall, wo summatim cognoscirt werde, könne der Beweis geführt werden durch iusiurandum calumniae, und zwar beruft man sich hierfür gerade auf eine Stelle unseres Digestentitels, nämlich l. 15 ad exh. Pompon.:

> Thensaurus meus in tuo fundo est nec eum pateris me effodere: cum eum loco non moueris, furti quidem aut ad exhibendum eo nomine agere recte non posse me Labeo ait, quia neque possideres eum neque dolo feceris quo minus possideres, utpote cum fieri possit, ut nescias eum thensaurum in tuo fundo esse. non esse autem iniquuum

---

[1]) Siehe nähere Nachweisungen darüber bei Wach, der Arrestprocess in seiner gesch. Entwickl. I S. 138 f. Auch Wetzell, Syst. §. 29 n. 24, gründet auf l. 15 ad exh. dieselbe Lehre unter Herbeiziehung von l. 13 §. 3 de damn. inf. Muther, Sequestr. S. 174. Zweifelhaft Windscheid, Pand. §. 474 Anm. 10.

iuranti mihi non calumniae causa id postulare uel interdictum uel iudicium ita dari, ut, si per me non stetit, quo minus damni infecti tibi operis nomine caueatur, ne uim facias mihi, quo minus eum thensaurum effodiam tollam exportem. —

Die Grundlosigkeit dieser Lehre ist leicht ersichtlich. Der Calumnieneid[1]) findet, wie sich aus seinem Zwecke erklärt, seine Stelle nur im Verfahren vor dem Magistrate, nirgends aber in iudicio. So auch in unserer Stelle. Der Magistrat schreitet, da actio ad exh. gegebenen Falles nicht anwendbar ist[2]), zur Aufstellung eines besondern interdictum uel iudicium gegen Ableistung des Calumnieneides durch den Postulanten. Dass dieser Eid verlangt wird, dafür liegt in den Umständen des Falles ein ebenso besonderer, als genügender Grund. Es handelt sich nämlich um einen besonders lästigen Eingriff ins Eigenthumsrecht, welcher noch dazu aufs Ungewisse hin geschieht. Während bei der actio ad exh. die exhibendi facultas des Beklagten festgestellt sein muss, und zwar nicht auf dem Wege eines summatim cognoscere, sondern gerade wie bei der uindicatio — so kann hingegen in unserm Falle von Gewissheit, ob der Schatz wirklich im Grundstücke des Postulaten liegt, erst die Rede sein, nachdem der Zwang durch das gewährte Rechtsmittel schon gegen den Grundeigenthümer erfolgt ist. Es erscheint der Gefährdeeid, welchen der Magistrat hier von vornherein fordert, als eine besondere Vorsichtsmaassregel, eine Zuthat; keineswegs kann durch ihn die Verhandlung in iudicio darüber, ob Kläger berechtigt ist, dem Schatze nachzugehn, abgeschnitten sein. Es wird sich vielleicht um ein Vergraben vor langer Zeit, durch die Vorfahren, handeln, und die Legitimation des Nachgrabelustigen kann sehr zweifelhaft sein[3]).

---

1) Vgl. Rudorff, R. RG. II §. 84.

2) Ueber den Grund der Deficienz siehe unten §. 35.

3) In dem Rechtsfalle bei Seuffert, Arch. B. 4 n. 10, gründet das OAG. zu Dresden seine dem Impetranten günstige Entscheidung auf die vorhandene Wahrscheinlichkeit, dass das vergrabene Geld dem

Wird hier der Hauseigenthümer, der seinen Keller durchwühlen lassen soll, sich mit dem Gefährdeeide begnügen müssen?

Für die Verhandlungen in iudicio bleibt also der Calumnieneid ganz auser Ansatz. Wozu würde denn auch so genau bestimmt, inwieweit Einreden gegen die Hauptklage schon im Exhibitionsprocess zu berücksichtigen sind, wenn durch das iusiurandum calumniae die ganze Interessenfrage abgeschnitten würde?

Fernerhin wissen wir aber auch, dass sogar, wo durch magistratliche Untersuchung Garantie gegen calumnia gewonnen werden soll, keineswegs iusiurandum calumniae genügt[1]). Wo einmal wirklich Nichts als Calumnieneid gefordert wird, nämlich beim Verfahren Behufs Erzwingung von cautio damni infecti[2]), da finden wir es ganz besonders hervorgehoben, dass eine Erörterung nicht stattfinden soll[3]). Wahrscheinlich erklärt sich diese besondere Behandlung daraus, dass res damni infecti celeritatem desiderat et periculosa delatio Praetori uidetur[4]).

Könnte man sich aber nicht vielleicht berufen auf den

Impetranten gehöre — und lässt somit den Gefährdeeid, den Impetrat verlangen kann, keineswegs zum Darthun des klägerischen Interesses genügen. Hingegen Pagenstecher, Pandektenpract. §. 44 S. 204: „Das Mindeste ist, dass sie (die Impetranten) den Gefährdeeid schwören". —

[1]) l. 3 §. 1 ut in poss. leg. Ulp.: Diuus enim Pius rescripsit, apud quem satis petitur, debere explorare, num per calumniam satis petatur: de qua re summatim debet cognoscere. l. 5 §. 2 ut leg. seru. Pap.: Si dies aut condicio legati fideicommissi petitionem actionemue differre dicatur et ideo satisdatio desideretur, heres autem per calumniam postulari contendat et relictum neget, non aliter audiendus erit, qui cauere postulat, quam si scripturam, qua relictum adfirmet, exhibuerit.

[2]) l. 7 pr. de damn. inf. lex Rubr. c. XX n. 9.

[3]) l. 13 §. 3 de damn. inf. Ulp.: Qui damni infecti caueri sibi postulat, prius de calumnia iurare debet: quisquis igitur iurauerit de calumnia, admittitur ad stipulationem, et non inquiretur, utrum intersit eius an non, uicinas aedes habeat, an non habeat.

[4]) l. 1 eod.

Calumnieneid Behufs Edition von rationes von Seiten der argentarii[1]), um auch für die actio ad exh. die Statthaftigkeit dieses Beweismittels zu begründen? Dagegen spricht schon der ausgesprochene Zweck jenes iusiurandum. Der Impetrant soll deshalb schwören[2]),

> ne forte uel superuacuas rationes, uel quas habet, edi sibi postulet uexandi argentarii causa.

Es handelt sich bei dem Eid also keineswegs um den Exhibitionsgrund, dass nämlich die betreffenden rationes quodammodo suum instrumentum sind, weil in seinem, des Impetranten, Auftrage und in seinen Angelegenheiten geführt; letzteres erhellt aus ihrem Inhalte. So heisst es auch in l. 9 §. 3 h. t. Paul.:

> Ceterum omnibus postulantibus et iurantibus non calumniae causa petere rationes, quae ad se pertineant, edi iubet.

Das 'ad se pertinere' ist eine Sache für sich, welche mit dem Gefährdeeide Nichts zu schaffen hat.

Wer hingegen den Calumnieneid genügen lässt zum Beweise des Interesses bei der actio ad exh., der will dasjenige Moment, auf welchem einzig und allein der klägerische Anspruch beruht, die Zuständigkeit des iudicium directum, auf den Eid des Impetranten stellen. Schon aus diesem Grunde ist die Berufung auf die Editionspflicht der Argentarien für unsere die actio ad exh. betreffende Frage ganz unzulässig. Wie wesentlich verschieden zudem beide Rechtsverhältnisse sind, wird weiter unten zur Sprache kommen.

Noch weniger als l. 6 §. 2 und l. 9 §. 3 cit. eignet sich zu einer analogen Anwendung auf das summatim cognoscere des Exhibitionsstreits l. 15 §. 1 de reb. auct. iud. Hier wird ein creditor in possessionem rerum debitoris missus aus-

[1]) l. 6 §. 2, l. 9 §. 3 de edendo. Wetzell a. a. O. zieht diese Stellen zur Vergleichung und, wie es scheint, auch zur Unterstützung herbei. Ebenso l. 15 §. 1 de reb. auct. iud. und c. 3 quemadm. test. aper. Siehe darüber im Verlaufe des Textes.

[2]) l. 6 §. 2 de edendo.

nahmsweise zur zweitmaligen Einsicht und Excerpirung der Urkunden des Schuldners zugelassen, falls er beschwört, non calumniae causa se postulare neque habere quae dispunxerit.

Ferner ist auch aus c. 3 quemadm. test. aper. in unserer Frage kein Schluss gestattet; nicht nur nicht für die actio ad exh., sondern nicht einmal für das interdictum de tabulis exhibendis. Denn dass Kinder an der Einsicht in das Testament ihres Vaters ein Interesse haben, braucht keinesfalls nachgewiesen zu werden; selbst wenn sie übergangen oder enterbt sind, haben sie wenigstens dies zu wissen unzweifelhaftes Interesse[1]).

Sechstes Capitel.

Facultas exhibendi.

§. 33.

Princip.

Die actio ad exh. geht gegen Jeden, der exhibendi facultas hat d. h. factisch im Stande ist, die Sache vorzuweisen. Diese allgemein anerkannte Regel[2]) gründet sich auf das in l. 3 §. 15 h. t. aufgestellte Princip und die Einzelentscheidungen, namentlich in l. 5 pr. und l. 12 §. 6 h. t.

Dieser Satz bedarf auch keines Vorbehaltes, soweit es sich handelt um einen Exhibitionsanspruch mit Vindication als Hauptklage. Denn hier hat ein Jeder, welcher exhibendi facultas hat, zugleich auch restituendi facultas, ist also auch rechter Beklagter für das iudicium directum. Ganz ebenso wenn als Hauptklage etwa actio confessoria des Usufructuars wegen vorenthaltener Detention oder etwa actio hypothecaria erscheint.

---

[1]) Vgl. auch Sintenis III §. 181 Anm. 12 gegen Mühlenbruch. Fortsetzung von Glück Comment. B. 43 S. 389.

[2]) S. die Lehrbücher und Einert §. 38. Bühler §. 6. Schmidt, civilist. Abhdlgg. S. 35. Jhering, Geist d. R. R. III S. 47 f.

Wie aber, wenn auf Grund einer hereditatis petitio Exhibition verlangt wird? Solchenfalls kann Jemand exhibendi facultas haben, ohne der Hauptklage ausgesetzt zu sein — falls nämlich nicht pro herede oder pro possessore besessen wird. Wer aber nicht der rechte Beklagte für das directum ist, ist es auch nicht für die actio ad exh. — eine Behauptung, die wohl keines Beweises mehr bedarf. Diese actio ad exh. geht also nicht gegen Jeden, der exhibendi facultas hat.

Während im angeführten Falle nur gerade ein speciell begründetes Exhibitionsverlangen gegen den Besitzer der Sache nicht durchdringt, wohl aber von anderm juristischen Standpuncte aus (als uindicaturus) zum Ziele zu gelangen ist, giebt es aber auch einen Fall, wo Jemand, der exhibendi facultas hat, auf keine Weise zur Exhibition genöthigt werden kann, während einem andern Besitzer gegenüber Impetrant obsiegen würde. Die Noxalklagen gehn nur gegen Denjenigen, welcher den seruus noxius in potestate hat. Obwohl nun Edict und Jurisprudenz eine potestas in diesem Sinne nicht blos beim Eigenthümer, sondern auch beim juristischen Besitzer anerkennen[1]), so sind doch blosse Naturalbesitzer den Noxalklagen nicht ausgesetzt[2]). Sind sie aber nicht wenigstens zur Exhibition verpflichtet und mit unserer actio darauf zu belangen? Diese Frage ist aus demselben Grunde zu verneinen, wie die vorhin beantwortete. Entweder hat dem detentor gegenüber der dominus oder wer ihm in dieser Beziehung gleichsteht, facultatem reciperandi, also auch exhibendi — dann ist er nicht nur für das iudicium noxale, sondern auch für das exhibitorium der rechte Beklagte. Oder der dominus hat nicht repetendi facultas, z. B. weil er kein Geld hat den versetzten Sklaven auszulösen — dann geht deshalb nicht etwa die Noxalklage gegen den Faustpfand-

---

[1]) l. 12. 13 de noxal. act. Vgl. v. Wyss, Haftg. für fremde culpa S. 28. 30. 35.

[2]) l. 22 pr. §. 1 h. t. Precarist und Faustpfandgläubiger stehn in dieser Beziehung dem Depositar u. s. w. gleich, weil auch sie nicht 'opinione domini possident'.

gläubiger, sondern dieselbe cessirt, und wo kein directum, kein exhibitorium.

Damit ist festgestellt, dass zwar in den bei Weitem meisten und wichtigsten Fällen die actio ad exh. gegen jeden factischen Inhaber geht, dass aber schärfer gefasst die Passivlegitimation sich regelt nach dem Principe: Nur wer für das demonstrirte iudicium directum der rechte Beklagte ist, der ist es auch für den Exhibitionsanspruch[1]). Ebenso wird man aber auch sagen können: Jeder, der dem directum haftet, gegen den ist auch actio ad exh. begründet. Wenn auch eine Anwendung unserer Klage gegen den juristischen Besitzer, der nicht zugleich detentor ist, in den Quellen nicht sicher vorliegt[2]), so entscheidet doch die Erwägung, dass der juristische Besitzer exhibendi facultas hat. Ein Deponent z. B. kann die in Verwahrung gegebene Sache zurücknehmen und exhibiren. Für das interdictum de tabulis exhibendis, bei welchem eine Verschiedenheit von der actio in Bezug auf die Passivlegitimation nicht besteht[3]), ist ausdrücklich so entschieden l. 3 §. 2 de tab. exh. Ulp.:

> Si tabulae testamenti apud aliquem depositae sunt a Titio, hoc interdicto agendum est et cum eo qui detinet et cum eo qui deposuit.

Aber auch gegen einen Commodanten oder Vermiether kann die Klage nicht versagt werden. Freilich wird sie gegen

---

[1]) Es hängt wohl mit dieser Identität zusammen, wenn zuweilen, wo es sich um Haftung der actio ad exh. gegenüber handelt, der Ausdruck restituendi facultas gebraucht wird l. 5 §. 6. l. 7 §. 3 h. t., siehe auch oben §. 10 S. 44 Anm. 2; und ebenso, wenn umgekehrt in l. 21 §. 3 de noxal. act. die Haftung der Noxalklage gegenüber gestellt ist auf die facultas et potestas exhibendi.

[2]) In l. 8 §. 3 de opt. leg. Pomp.: Si rerum depositarum electio mihi relicta sit, et ad exhibendum cum eo, apud quem depositae sint, agere potero et cum herede agere, ut is depositi agendo facultatem mihi eligendi praestet — ist wohl schon nach der Wortfügung unter dem cum herede agere nicht actio ad exh. sondern ex testamento zu verstehn.

[3]) Vgl. unten §. 47.

solche juristische Besitzer leicht in ihrer Wirksamkeit verlieren, indem es heisst l. 12 §. 5 ad exh. Paul.:

Si iusta ex causa statim exhiberi res non possit, iussu iudicis cauere debebit se illo die exhibiturum [1]).

Deswegen wird die Klage zweckmässiger gegen den detentor selbst zu richten sein, welcher sich derselben auch nicht durch Verweisung auf den juristischen Besitzer entziehn kann [2]).

Werfen wir nunmehr einen Blick auf die Art und Weise, wie die römische Jurisprudenz zu dem Begriffe exhibendi facultas gelangt ist. Es wird dieser Begriff erschlossen aus dem andern Begriffe possidere, und zwar keineswegs ohne dass Zweifel und Meinungsverschiedenheiten dabei untergelaufen sind. Wir entnehmen dies namentlich den Fragmenten aus lib. XXIV des Edictscommentars von Ulpian, welche von den Compilatoren wie für die Exhibitionslehre überhaupt, so auch insonderheit für die Bestimmung des rechten Beklagten vorwiegend verwendet sind. Die auf letzteren Punct bezügliche Darstellung beginnt mit dem letzten § der l. 3 h. t. und setzt sich, nur von einigen kurzen Einschiebseln (l. 4. 6. 8) unterbrochen, bis Ende des § 4 l. 9 fort, indem der Jurist mit §. 5 letzteren Fragments zur Entwicklung des Begriffs exhibere übergeht. Obwohl die Darstellung nicht nur unterbrochen, sondern auch beschnitten ist [3]), so lässt sich doch der Gedankengang Ulpian's ganz deutlich erkennen. Der Jurist beginnt mit dem Gegensatze ciuilis und naturalis possessio, kommt dann zu Fällen, an denen gezeigt wird, dass unter possidere nicht mehr zu verstehn sei, als die factische Möglichkeit des exhibere, und sagt endlich, dass

---

[1]) l. 5 §. 6 eod. Wer eine Sache versetzt hat, ist nicht nur vorübergehend verhindert zu exhibiren, sondern es ist überhaupt fraglich, ob er das Pfand zurückerhalten wird; jedenfalls kann er nicht zur Tilgung der Schuld Behufs Ermöglichung der Exhibition seinerseits genöthigt werden. Daher der Ausspruch in l. 16 de usurp. S. unten §. 34.

[2]) Darüber siehe §. 37 a. E.

[3]) So wenigstens zweifellos zwischen l. 5 und 7.

auch umgekehrt vom wirklichen possessor, wo diese Möglichkeit fehlt, nicht sofortige Exhibition verlangt werden könne. Alles das dreht sich um das Wort possidere; namentlich ist characteristisch, wie eine strenge Auffassung desselben ad absurdum geführt wird. Nachdem nun nochmals gelegentlich der actio ad separandum die Erforderlichkeit des ciuiliter possidere verneint, dagegen die restituendi facultas der municipes mit der Möglichkeit des possidere und usucapere von ihrer Seite in Parallele gestellt ist, wendet sich endlich Ulpian der Frage zu, an welchem Zeitpuncte das Verhältniss des Beklagten zur Sache bestehn muss? und gebraucht fortan mit voller Beruhigung immer das Wort possidere zur Bezeichnung jenes Verhältnisses[1]).

Ausgangspunct und Resultat der Jurisprudenz, die Erweiterung des possidere zur exhibendi facultas stehn fest. Zweifel erregt der Gang, den diese Entwicklung genommen. Es schlägt hier vor Allem ein: l. 3 §. 15 h. t., eine Stelle, welche bekanntlich eine wichtige Rolle spielt für den Streit um die Bedeutung des Ausdrucks ciuilis possessio. Obgleich nun dieser Streit eigentlich ausserhalb unserer Aufgabe liegt, so wird ein näheres Eingehn auf die Stelle doch in doppelter Beziehung gerechtfertigt sein. Einmal im Sinne der Erkenntniss des obenbezeichneten Entwickelungsgangs, dann aber auch als ein Beitrag zur Austragung jenes Streites vom Standpuncte der Exhibitionslehre aus.

§. 34.

L. 3 §. 15 ad exh. Ulp.

Sciendum est aduersus possessorem hac actione agendum non solum eum qui ciuiliter, sed et eum qui naturaliter incumbat possessioni. denique creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet.

[1]) Julian, den Ulpian in l. 5 §. 1. 2 excerpirt, sagt ebenfalls zuerst in §. 1, es hafte der Klage et eum qui usufructus nomine rem teneat, quamuis nec hic utique possidet — stellt dann aber in §. 2 die Haftung des Beklagten wiederum auf das possidere.

Um den Sinn von Ulpian's Eintheilung festzustellen, muss man das als §. 4 nach obigen Worten von den Compilatoren eingeschobene Fragment aus Pomponius unberücksichtigt lassen und den §. 15 direct in Verbindung setzen mit der weiteren Ausführung Ulpian's in l. 5. Denn nicht wie die Compilatoren die Sache auffassen ist die Frage, sondern wie, nach Ulpian's Darstellung zu schliessen, sich die Lehre von der Passivlegitimation zur actio ad exh. entwickelt hat, bezw. welchen Sinn Ulpian mit den Ausdrücken ciuiliter und naturaliter possidere verbindet.

In l. 5 pr. §. 1—5 wird nun die actio gegen Solche zugelassen, von denen gesagt werden kann: non possidet, falls nur exhibendi facultas vorhanden ist. Sofort stellt sich heraus, dass der Jurist folgenden Gedankengang nimmt: Es muss exhibiren:

a) der ciuilis possessor,

b) der naturalis possessor,

c) auch qui non possidet.

Was nun unter die Kategorien *c*) und *b*) gehört, wissen wir. Unter *c*) gehören: qui merces euehendas conduxit, der horrearius, ferner: qui rerum uel legatorum seruandorum causa in possessione est, dann: qui ususfructus nomine rem tenet, endlich: in cuius aream ruina decidit — also sämmtlich Personen, welche blosse detentio ohne Interdictenschutz haben. Wie sehr das 'non possidere' auf den Abgang des Besitzschutzes gestellt ist, geht aus der Frage hervor, die sich Ulpian oder vielmehr der von ihm citirte Celsus stellt:

> Idem ait: quomodo autem possidet qui uehendas conduxit? an quia pignus tenet?

Man kann doch, meint Celsus, diesen conductor nicht als possessor bezeichnen. Oder, fügt er, diesen Ausweg schon durch die Art der Frage verwerfend, hinzu: kann man das possidere des conductor vielleicht darauf gründen, dass er zugleich Faustpfandgläubiger ist (also Interdictenbesitzer)?

Es steht somit vollständig fest, dass unter die Kategorie *b*) keineswegs jede Detention, sondern eben nur der Besitz

des Faustpfandgläubigers zu verstehn ist, ein wirkliches possidere mit Interdictenschutz[1]). Hiernach kann nun aber auch unter dem ciuiliter possidere der Kategorie *a*) unmöglich Interdictenbesitz schlechthin verstanden sein, und die sogen. Erbsche Theorie erweist sich vom Standpuncte unserer Stelle als ganz unhaltbar[2]).

Was ist nun aber das plus, welches hinzukommen muss, damit der Interdictenbesitz schlechthin zur ciuilis possessio werde? Die Qualification als Usucapionsbesitz nach Savigny's Theorie, oder der animus domini, wie dies namentlich v. Vangerow[3]) ausführt? Diese Frage ist auf Grund unserer Stelle mit voller Sicherheit gegen Savigny zu entscheiden. Es ist bereits[4]) erkannt worden, dass Ulpian's Ausspruch in unserer l. 3 §. 15 im Zusammenhang steht mit einer Controverse, welche von demselben Juristen in l. 9 de r. u. berührt wird:

> Officium autem iudicis in hac actione in hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat: nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat: ubi enim probaui rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non obiecit aliquam exceptionem. quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putauerunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis, uel utrubi. denique ait ab eo, apud quem deposita est uel commodata uel qui conduxerit aut qui legatorum seruandorum causa uel dotis uentrisue nomine in possessione esset uel cui damni infecti nomine non cauebatur, quia hi omnes non possident, uindicari non posse. puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse.

---

[1]) Durch ihr Einschiebsel l. 4 reissen die Conpilatoren den Gedankengang Ulpian's insofern auseinander, als sie die Fälle blosser Detention, welche nach Ulpian's hier angewendeter Terminologie gar nicht possidere sind, unmittelbar an die naturalis possessio anfügen (nam et).

[2]) So auch v. Vangerow, Lehrb. I §. 199 Anm. S. 349.

[3]) v. Vangerow, Lehrb. I §. 199 Anm. 2a.

[4]) v. Vangerow a. a. O. Sintenis, Civilr. I §. 42 Anm. 23.

Dass die beiden Fragen, welche der Jurist in l. 3 §. 15 und in l. 9 behandelt, nicht nur in engem Zusammenhange stehn, sondern geradezu, wenigstens wenn wir an actio ad exh. mit uindicatio als Hauptklage denken, auf Eins hinauslaufen, ist im vorigen § ersichtlich geworden.

Wie kommt nun Pegasus und seine Partei dazu, die Haftung des Vindicationsbeklagten auf den Interdictenbesitz zu stellen? Auch hier ist die richtige Antwort schon gegeben, dahin nämlich, dass es Pegasus nicht auf den Besitzschutz, sondern auf die regelmässige Voraussetzung desselben, den animus rem sibi habendi, ankommt[1]), und ferner, dass diese Lehre anknüpft an die in rem legis actio mit ihrer contrauindicatio[2]).

Wie nun Pegasus seine Ansicht nicht in voller Schärfe und Klarheit ausspricht, so begnügt sich auch Ulpian in l. 9 mit einem allgemeinen Widerspruche. Schärfer und gründlicher wird nun die Frage gefasst und beantwortet in l. 3 §. 15. Nach Pegasus' Ausspruche würde gegen einen Faustpfandgläubiger uindicatio zulässig sein, da derselbe Besitzschutz geniesst. Nach dem jenem Ausspruche zu Grunde liegenden entscheidenden Gesichtspuncte hingegen könnte der Faustpfandgläubiger, welchem doch animus rem sibi habendi fehlt, der uindicatio gegenüber nicht haften. Gerade um diese Unklarheit abzuschneiden, sagt nun Ulpian mit voller Gründlichkeit, dass für die Haftung der actio ad exh. gegenüber Nichts darauf ankomme:

a) ob Jemand besitze animo domini oder in fremdem Namen (ciuiliter oder naturaliter), l. 3 §. 15.

b) ob Jemand überhaupt besitze im engeren technischen Sinne (mit Interdictenschutz), wenn er nur exhibendi facultas habe, l. 5.

Gerade die Hervorhebung des creditor qui pignus tenet als

---

[1]) Puchta, Curs. II §. 232 bei Anm. g. Wetzell, Vindicationspr. S. 132. Bethmann-Hollweg, R. CPr. II §. 90 S. 245.

[2]) S. die Genannten und Bethmann-Hollweg I §. 40 S. 132 Anm. 11.

Ende

besondere Kategorie zeigt, dass es dem Juristen darauf ankommt, der abweichenden Meinung nicht nur zu widersprechen, sondern dieselbe auch zugleich correct zu formuliren [1]).

Während nach der gegebenen Auffassung Ulpian's Gedankengang als ein ganz klarer und durch den Darstellungszweck gebotener vorliegt, so würde hingegen dem Juristen der Vorwurf einer zwecklosen, trivialen Weitschweifigkeit nicht zu ersparen sein bei der Annahme, Ulpian spreche in § 15 aus, dass die actio ad exh. nicht allein gegen den Usucapions-, sondern auch sonstigen Interdictenbesitzer gehe. Zwar ist der Versuch gemacht worden, gerade aus dem Wesen dieser actio einen Grund zu gewinnen, aus welchem Ulpian den Usucapionsbesitzer besonders zu erwähnen veranlasst gewesen sei — indem man nämlich behauptet hat, ursprünglich sei unsere Klage eingeführt, um die Usucapion zu unterbrechen, ursprünglich sei also allerdings nur der Usucapionsbesitzer der rechte Beklagte gewesen, und später erst eine Ausdehnung der Haftung erfolgt [2]). Obwohl nun dieser Versuch wenig Glück gemacht [3]), so wird Puchta's Meinung doch wieder von Rudorff [4]) mit Energie vertheidigt. Deswegen, und weil es sich hier zugleich um einen Grund zur Einführung unserer actio handelt, soll auf diese Ansicht etwas näher eingegangen werden.

Zunächst fragt Rudorff: „Wie käme dann (wenn nämlich nicht die act. ad exh. in besonderer Beziehung zum Usucapionsbesitz stünde) Javolenus darauf, vor einer Belangung des Usucapionsbesitzers zu warnen in l. 16 de usurp.?"

> Serui nomine, qui pignori datus est, ad exhibendum cum creditore, non cum debitore agendum est, quia qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet, quod ad

---

[1]) l. 9. de r. u. ist aus dem 16., l. 3 §. 15 aus dem 24. Buche des Edictscommentars.

[2]) Puchta an den bei v. Vangerow citirten Orten.

[3]) v. Vangerow I §. 199 Anm. 2. a. Brinz, Pand. I S. 77. Pfeifer, Was ist und gilt im röm. R. der Besitz? S. 34.

[4]) Zu Savigny, Besitz. Anhang n. 28.

reliquas omnes causas pertinet, qui accepit possidet, adeo ut adici possit et possessio eius qui pignori dedit.

Mag nun Javolen im lib. IIII ad Plautium an der Stelle, wo das Fragment gestanden hat, von der actio ad exh. oder von der Ersitzung gehandelt haben, so ist doch in beiden Fällen seine Bemerkung auch ohne jene von R. behauptete Beziehung gerechtfertigt und erklärlich. Handelte der Jurist jenen Orts von der actio, so lag es nahe zu sagen, dass das blosse ad usucapionem possidere des Versatzschuldners kein possidere im Sinne dieser Klage ist. Es wäre dieser Ausspruch also gewissermaassen eine Ergänzung zur Ausführung Ulpians in l. 5 §. 6 ad exh.: si quis facultatem restituendi non habeat, licet possideret rell. Entstammt das Fragment einer Erörterung über Usucapion, so ist Javolens Bemerkung ebenfalls ganz am Orte; sie hat den Zweck falsche Schlüsse aus der Usucapionsmöglichkeit abzuschneiden und erscheint somit als Beleg für den Satz: quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit possidet.

Ebensowenig vermögen für Puchta's Hypothese zu sprechen die von R. angeführten l. 1. 2. 7 §. 3. l. 9 §. 6 ad exh. Die ersten beiden Stellen reden mit keinem Worte von der Usucapion, und dass eine Vorbereitung der Vindication, auch ganz abgesehn von drohender Ersitzung, wünschenswerth sein kann, ist zur Genüge klar. In l. 7 §. 3 ferner:

Item municipes ad exhibendum conueniri possunt, quia facultas est restituendi: nam et possidere et usucapere eos posse constat —

kommt das usucapere lediglich zur Sprache als Parallele zum possidere und der facultas restituendi. Letztere kann man den municipes zuschreiben, schliesst Ulpian, da man ja auch von ihnen sagen kann, dass sie besitzen und usucapiren, was mehr ist als das blosse Factum der facultas. Keine Spur davon, dass die Ersitzung in irgend eine andere Beziehung zur Exhibition gesetzt wäre.

Die ursprüngliche Function der act. ad exh., zur Unter-

brechung der Ersitzung zu dienen, könnte mit einem Scheine von Berechtigung nur etwa gestützt werden auf l. 9 §. 6 h. t. [1]).

Allein die Stelle sagt Nichts, als dass auch im Exhibitionsprocesse der arbiter bezüglich dessen, was er dem Beklagten auflegt, zurückgeht auf den Moment der LC., so dass die Dauer des Processes dem Kläger nicht nachtheilig werden soll — ein ganz allgemeines Princip. Es ist aber ferner auch die actio ad exh. zu der ihr zugeschriebenen ursprünglichen Function gar nicht einmal nothwendig und tauglich.

Der Eigenthümer, dessen Sache in Gefahr ist ersessen zu werden, und welcher nicht im Stande ist, den Gegner ausser Besitz zu setzen, verhindert, wenn er es noch zur rechten Zeit zur LC. bringt, durch Anstellung der Vindication den drohenden Verlust seines Eigenthums. Verlangt er zuerst Exhibition, und dieselbe erfolgt, sei es freiwillig, sei es gezwungen, vor Ablauf der Ersitzungszeit, so ist damit zur Verhütung des drohenden Verlustes gar Nichts gethan. Denn durch das exhibere wird der Besitz des Exhibenten nicht unterbrochen. Erst die LC. aus der uindicatio sichert gegen Ablauf der Ersitzung. Mit dem Exhibitionsverlangen wäre also nur unnütz Zeit verloren. Nur wo aus irgend einem Grunde Exhibition zur Anbahnung der Eigenthumsklage nothwendig ist, wird in der vorausgesetzten Sachlage statt direct zur Vindication, erst zur Exhibitionsklage zu greifen sein. Daraus kann man aber natürlich nicht schliessen, dass die actio ad exh. ursprünglich zur Unterbrechung der Ersitzung eingeführt sei.

Es bleibt nach alledem dabei, dass Ulpian in l. 3 §. 15 nicht die mindeste Veranlassung hatte, des Usucapionsbesitzes zu erwähnen, und dass also der Ausdruck ciuilis possessio den letztern nicht bedeuten kann.

Nicht anders wird sich dies verhalten bezüglich der zweiten Stelle, in welcher derselbe Jurist in demselben lib. XXIIII und jedenfalls nicht weit entfernt von dem Orte des Frag-

[1]) Abgedruckt oben S. 29.

ments l. 3, den Ausdruck ciuilis possessio gebraucht, nämlich in l. 7 §. 1 h. t.:

> Sed si rotam meam uehiculo aptaueris, teneberis ad exhibendum (et ita Pomponius scribit), quamuis tunc ciuiliter non possideas. §. 2 Idem et si armario uel naui tabulam meam uel ansam scypho iunxeris uel emblemata phialae, uel purpuram uestimento intexeris, aut brachium statuae coadunaueris.

Mag man mit v. Vangerow[1]) übersetzen: „wenn Jemand ein Rad mit seinem Wagen verbindet, so kann die actio ad exh. angestellt werden, sollte er das Rad auch gar nicht animo domini in Besitz haben" — oder mag man mit Brinz[2]) den Grund des fehlenden *ciuiliter* possidere in der Qualität der Sache finden — immer findet sich eine Erklärung, die der Beziehung auf den Usucapionsbesitz vorzuziehn ist.

Uebrigens wird man sich doch wohl für die Auffassung von Brinz entscheiden müssen. Ulpian, welcher die Irrelevanz des animus domini schon im Beginne seiner Erörterung festgestellt, in der Folge die Nichterforderlichkeit des possidere überhaupt hervorgehoben hat, wie käme er noch einmal auf das ciuiliter possidere in jenem Sinne zurück? An dieser Stelle haben Pomponius und der ihn excerpirende Ulpian im Laufe ihrer Erörterung es nicht mit dem animus domini zu thun, sondern mit der Qualität der zu exhibirenden Sache als körperlichen Theils einer andern Sache. Dass die Relevanz dieses Sachverhältnisses geprüft werden soll, geht schon aus der Anhäufung von Beispielen zusammengesetzter Sachen im §. 2 hervor, wie auch aus der Anknüpfung der Bemerkung an das tignum iunctum im pr. des Fragments[3]).

---

1) I §. 204 Anm. 2.

2) I S. 78. 181.

3) Unsere Stelle spricht demnach für die Besitzlehre den Satz aus, dass es an den Theilen einer zusammengesetzten Sache auch für den Besitzer des Ganzen Sonderbesitz an den Theilen nicht gebe — ein Satz, der im besten Einklang steht mit dem andern, dass für den Eigenthümer des Ganzen die Theilsachen auch nicht Objecte besonderen Eigenthums sind (s. oben §. 23). Also auch hier: „wo kein Eigen-

§. 35.

Gestattung von Eigenthumseingriffen.

Dass Jeder, welcher exhibendi facultas hat, der actio ausgesetzt sei, können, wie im vorigen § bemerkt, diejenigen römischen Juristen nicht zugegeben haben, welche wie Pegasus die Vindication nur gegen den Besitzer mit animus domini zulassen wollten. Von ihrem Dissense bezüglich der act. ad exh. ist indessen Nichts berichtet. Nur in Einer Stelle könnte man versucht sein, eine Stimme jener quidam zu vernehmen, nämlich in l. 15 h. t.[1]).

In dieser Stelle soll Pomponius nach Labeo's Vorgange in der Person des zu Belangenden mehr als fac. exh. erfordert haben, nämlich Besitz im engeren technischen Sinne[2]). Und in der That, wer annimmt, dass in l. 15 entschieden werden soll, ob der Grundeigenthümer juristischer Besitzer des in seinem Grunde von einem Andern vergrabenen Schatzes sei, etwa wie diese Frage entschieden wird in l. 3 §. 3 de acq. poss., der müsste Pomponius und Labeo zumuthen, dass sie die actio ad exh. versagen, weil es in der Person des zu Belangenden eben an juristischem Besitze fehlt.

Allein auf die Frage, ob der Grundeigenthümer den vergrabenen Schatz in seinem Besitze habe, kommt es den Juristen in l. 15 gar nicht an. Wie käme Pomponius, der doch sonst[3]) auf's Entschiedenste unsere Klage auf Grund blosser exh. facultas giebt, hier[4]) auf einmal dazu, wegen mangelnden Besitzes auf ein anderes Rechtsmittel zu verweisen? — Das 'neque possidere neque dolo fecisse quo minus possideret' hat vielmehr in unserer Stelle ganz dieselbe weite, allgemeine Bedeutung, wie in andern Aussprüchen desselben Pomponius[5])

---

thum, da auch kein Besitz". Jhering, Beiträge zur Lehre vom Besitz (Jahrbb. IX, S. 124 ff.). Brinz I S. 181.

[1]) Abgedruckt oben S. 165 f.

[2]) Schmidt, civilist. Abhandlgg. S. 36 Anm. 33.

[3]) l. 4 (lib. VI ad Sab.) 9 §. 1 h. t.

[4]) lib. XVIII ad Sab.

[5]) l. 7 §. 5. 6.

und anderer Juristen [1]). Wie schon früher ausgeführt wurde [2]), konnte man, nachdem die Tragweite des 'possidere' erschlossen, dasselbe zur blossen facultas exhibendi verflüchtigt war, ohne Weiteres beide Ausdrücke 'possidere' und 'fac. exh. habere' als identisch gebrauchen.

Nahe liegt aber die Frage, warum im Falle der l. 15 das possidere = exh. facultatem habere des Grundeigenthümers verneint und deshalb actio ad exh. versagt wird. Ist er nicht zum tollere pati ebensogut in der Lage, als derjenige, auf dessen Grund fremdes Baumaterial herübergefallen ist?

Die Antwort liegt darin, dass zur freiwilligen Concession des tollere pati nur derjenige auf dem Wege der actio ad exh. getrieben werden kann, dem ein wirkliches facere in publico potestatem möglich wäre, von dem also letzteres verlangt werden könnte. Den vergrabenen Schatz aber, von dem der Grundeigenthümer vielleicht gar nicht einmal weiss, dass und wo er verborgen ist, vor Gericht zu stellen, ist er nicht im Stande; ein Suchen und Ausgraben von seiner Seite würde weit über das facere in publico potestatem hinausgehn. Wer aber gegen ein arbitrium, ut exhibeatur, sicher ist, gegen den wäre eine Formel mit 'nisi Ns. Ns. exhibeat condemna' ein Schlag in die Luft; er hat nicht den mindesten Grund, die unmögliche condemnatio durch Erbieten zum tollere pati abzuschneiden. Deswegen also kann das tollere pati, trotzdem dass zu dieser Concession der Grundeigenthümer vollständig in der Lage ist, durch actio ad exh. nicht erzwungen werden.

So bei lediglich formaler Auffassung. Materiell genommen sprach aber allerdings Vieles dafür, das Ausgrabenlassen des thesaurus in unserm Falle durch Gewährung eines Rechtsmittels erzwingbar zu machen. Die actio ad exh. hat doch in der That häufig zum factischen Resultate, dass nicht unerhebliche Eingriffe in die Eigenthumssphäre zu gestatten sind, z. B. das Betreten oder Befahren Behufs Abholens von

1) l. 7 §. 4. l. 8. 9 §. 2. 4 u. v. a.
2) S. 173.

ruina, stercus u. s. w., das Durchsuchen eines Waldes nach verlaufenem Vieh. Soll nun nicht auch consequenter Weise — natürlich bei voller Entschädigungsgarantie — das Nachgraben nach einem vielleicht höchst werthvollen thesaurus gestattet sein?

Dieser Erwägung ist nun eben durch Gewährung des interdictum 'ne uim facias mihi, quo minus eum thensaurum effodiam, tollam, exportem' Rechnung getragen worden. Dass schon vom Standpuncte der Compilatoren die Unterscheidung der actio und des interdictum practischer Bedeutung entbehrt, braucht nicht bemerkt zu werden.

Wie weit die Verpflichtung des Grundeigenthümers reicht, das Nachsuchen. zu gestatten, ist aus der Stelle nicht zu entnehmen. Kann Calumnieneid und vollste Ersatzcaution bewirken, dass ich meinen ganzen Garten nach vergrabenen Sachen durchwühlen, in meinem Keller einen die Fundamente bedrohenden Schacht graben, einen Fischteich einer hineingerathenen Sache wegen trocken legen, einen Brunnen auspumpen lassen muss? Wo, wie es in den letzteren Fällen sich verhalten wird, Gewissheit besteht, dass die fremde Sache im Wasser liegt, da wird Gestattung nicht zu verweigern sein; übrigens werden die Kosten und die vom Richter zu bemessende Caution unverständiges Verlangen auf's Beste verhindern. Anders wenn, wie dies beim Suchen nach vergrabenen Sachen häufig der Fall sein wird, nur ein höherer oder geringerer Grad von Wahrscheinlichkeit des Erfolges vorliegt. Dann muss mit Rücksicht auf die Bestimmtheit der Angaben des Suchenden und somit auf den Grad der Wahrscheinlichkeit des Findens, ferner auf die Schwere der Belästigung des Eigenthümers, ebenso auch auf den Werth der gesuchten Sachen richterliches Ermessen entscheiden. Dass es nicht zu häufig in Anspruch genommen wird, werden auch hier Kosten und Caution wirksam verhindern.

An die Entscheidung in l. 15 lässt sich allenfalls auch die Frage anknüpfen[1]), inwiefern das Recht, mit der actio ad

[1]) So bei Sintenis II §. 127 Anm. 10.

exh. auf Separation verbundener Sachen zu dringen, beschränkt erscheint durch die Rücksicht auf Erhaltung der zusammengesetzten Sache. Wie wenig eine solche Rücksicht durchschlägt, folgt schon daraus, dass es der Berufung auf das Trennungsverbot der 12 Tafeln bedarf, um die Klage auf Trennung verbauten Materials abzuschneiden. Ferner daraus, dass in l. 7 §. 2 h. t.[1]) das Brett aus Schrank und Schiff heraus, der Henkel vom Becher herunter separirt wird.

Ganz anders, wenn die Trennung nur geschehn könnte unter gänzlicher oder theilweiser Vernichtung der übrigen Theile des zusammengesetzten Ganzen oder doch unter augenscheinlicher Gefahr einer solchen, z. B. Ablösung der Leinwand, auf welche eine Karte gezogen[2]). Solchenfalls kann der (zukünftige) Eigenthumsanspruch des Einen es nicht rechtfertigen, das, was dem Andern zu Eigenthum jedenfalls bliebe, der Zerstörung anheimzugeben. Derartige Verbindung erscheint als unlöslich, ein technologischer und, insofern Werthvernichtung gleich Zerstörung ist, auch commercieller Begriff. Insoweit stimmen wir Bremer zu, welcher die Auseinanderhaltung der juristischen Frage und der nichtjuristischen gut hervorhebt[3]). Nicht aber darin, dass er die Löslichkeit darauf stellt, „ob die Lösung mit Gefahr für die Integrität der einzelnen Sache verbunden sei oder doch eine wesentliche Entwerthung derselben zur Folge haben würde". Auf Integrität und Entwerthung der zu trennenden Sache kann es nicht an-

---

[1]) Abgedruckt S. 180.

[2]) In dem bei Sintenis angegebenen Beispiele erscheint das Verlangen, dass der Einband eines Buches aufgethan werde, weil in demselben eine mir gehörige Banknote versteckt worden ist — insofern als ein berechtigtes, als der Einband sich wiederherstellen lässt, nöthigenfalls ein neuer Einband gefertigt werden kann.

[3]) In seiner Revision der Lehre von der Specification und Accession, Krit. Vierteljahrschr. X S. 19 ff. Zu weit scheint mir Göppert, über einheitl. u. s. w. Sachen S. 84 ff. zu gehn, welcher die Trennbarkeit lediglich auf die Qualität als res composita im Gegensatz zur res unita stellen will. So viel steht doch jedenfalls fest, dass die Trennung unzulässig ist, wo durch sie eine vollständige Zerstörung des abzutrennenden Bestandtheils sicher eintritt.

kommen, falls nur nicht Vernichtung oder vollständige Werthlosigkeit für den die Trennung Verlangenden durch dieselbe eintreten würde (nihil interest). Wohl ist das von den Möbeln, welche mit ihm überzogen waren, gelöste Tuch von weit geringerem Werthe, als eben in seiner Qualität als Ueberzug. Soll ich aber mein Eigenthum entbehren müssen, weil es für mich weniger werth sein wird?[1])

Ueber den Standpunct der Quellen, von welchem aus das Brett aus dem Schrank herausexhibirt werden muss, also auch etwa eine Mosaik aufgelöst wird zu Gunsten eines uindicaturus einzelner Theile, kommen wir nur hinaus, wenn wir in der Anfertigung des Schrankes, der Mosaik eine Specification statuiren. Hierzu sind wir meines Erachtens vollständig berechtigt, weil — hier stimmen wir wieder Bremer[2]) bei — die Frage, wann eine noua species vorhanden sei, keine juristische, aus dem corpus iuris zu entscheidende, sondern eine technologisch-commercielle ist. Freilich müssten wir, damit dieser Gesichtspunct practisch durchschlage, dann auch das Repariren mit fremdem Material dem Neumachen gleichsetzen.

§. 36.

Haftung wegen dolo desinere possidere.

Bereits früher[3]) ist unter den Gründen für die hohe practische Bedeutung der actio ad exh. im römischen Rechte auch ihre Anwendung gegen denjenigen qui dolo desiit possidere angeführt worden.

---

[1]) Anders bei der Theilbarkeit. Sie wird ausgeschlossen, wenn durch Theilung Entwerthung der Theile im Verhältnisse zum Ganzen eintreten würde. Natürlich, denn hierbei ist der entscheidende Gesichtspunct das Interesse des Gläubigers, der in den Theilen das geschuldete Ganze dann nicht erhielte. Die Frage der Theilbarkeit ist eben nur wichtig als Vorfrage für die Frage nach Theilbarkeit von Obligationen.

[2]) Ebenso Fitting, die Specification, Arch. XLVIII S. 189 u. a. Stellen.

[3]) §. 17.

Aus l. 15 ad exh.[1]) geht hervor, dass diese Tragweite des Rechtsmittels schon zur Zeit des Labeo anerkannt war, und zwar ist nach dem in der Stelle behandelten Falle unter 'dolo fecisse quo minus possideret' auch vor der Litiscontestation liegendes arglistiges Besitzaufgeben, dolus praeteritus, zu verstehn. Da nun in l. 15 zweifellos von einer actio ad exh. mit uindicatio als iudicium directum die Rede ist (thensaurus meus), und da ferner, wer dem iud. dir. gegenüber nicht rechter Beklagter ist, auch nicht ad exh. haftet, so muss schon zur Zeit des Labeo auch für die uindicatio Haftung wegen dolus praeteritus anerkannt gewesen sein.

Dem widerspräche nun auf's Schärfste, wenn es wahr wäre, was von den Meisten angenommen und auf l. 27 §. 3 de r. u. gegründet wird, dass erst in Folge des in dieser Stelle erwähnten SC. der dolus praeteritus in das arbitrium restituendi der uindicatio gekommen sei[2]).

Es wird zur Bestärkung unseres obigen Schlusses beitragen, wenn die Unhaltbarkeit dieser auch von B.-H. angenommenen Meinung sich auch von anderen Seiten her darthun lässt. Erkannt und ausgesprochen ist schon, dass in l. 27 §. 3 Paul.:

> Sed et is qui ante litem contestatam dolo desiit rem possidere, tenetur in rem actione: idque ex senatus consulto colligi potest, quo cautum est, ut diximus, ut dolus praeteritus in hereditatis petitionem ueniat: cum enim in hereditatis petitione, quae et ipsa in rem est, dolus praeteritus fertur, non est absurdum per consequentias et in speciali in rem actione dolum praeteritum deduci —

die Berufung auf das SC. nur erfolgt, um „für den von den Juristen bereits anerkannten Rechtssatz die Autorität eines Gesetzes zu gewinnen“[3]). Es ist ferner sehr wahrscheinlich,

---

[1]) Abgedruckt oben S. 165 f.

[2]) S. statt der Andern Bethmann-Hollweg II §. 90 Anm. 35. Vor Hadrian soll nach ihm gegen den dolosen Entäusserer nur actio ad exh. zugestanden und die uindicatio ersetzt haben.

[3]) Wetzell, der röm. Vindicationsproc. S. 134, der auch hervor-

dass auch die hered. petitio schon vor dem SC. gegen einen dolo desinens poss. ging. Denn in l. 20 §. 6 de her. pet. schickt Ulpian den Worten des SC. folgende Einleitung voraus:

Praeter haec multa repperimus tractata et de petitione hereditatis, de distractis rebus hereditariis, de dolo praeterito et de fructibus. de quibus cum forma senatus consulto sit data, optimum est ipsius senatus consulti interpretationem facere uerbis eius relatis.

Aus diesen Worten kann man mit Recht schliessen[1]), dass die genannten Puncte, unter ihnen der dolus praeteritus, schon durch die Jurisprudenz behandelt waren, und dass sich, wenn auch noch nicht durchgängige Uebereinstimmung, doch schon die Hauptsätze herausgebildet hatten. Was insbesondere den dolus praeteritus betrifft, so findet Dernburg[2]) darin zum Theil neues Recht, dass derjenige, welcher ohne Rechtstitel eine fremde Erbschaft in Beschlag genommen und den Besitz von Erbschaftsstücken vor der Litiscontestation aufgegeben hat, immer zur Strafe so behandelt werden soll, als besässe er noch. Hierbei liegt es nahe, an Veräusserung usucapirter Erbschaftssachen zu denken, so dass unser SC. in Berührung treten würde mit der ebenfalls unter Hadrian durch ein SC.[3]) erfolgten Bestimmung, dass der hered. petitio des wahren Erben gegenüber eine erfolgte usucapio pro herede dem Erbschaftsbesitzer Nichts nützen soll. Dass aber der malae fidei possessor, abgesehn von erfolgter usucapio pro herede, so lange er blosser Occupant war, durch dolose Veräusserung sich nicht von seiner Haftung befreien kann, das hat höchst wahrscheinlich schon vor Hadrian festgestanden.

Aber selbst wenn wir die Haftung wegen dolus praeteritus der hereditatis petitio gegenüber erst durch das Juuen-

---

hebt, dass „gerade hier die Analogie zwischen beiden Klagen sehr schwach ist".

[1]) Leist, bon. poss. I S. 324. Dernburg, Verhältniss der her. pet. S. 21.

[2]) a. a. O. S. 22.

[3]) Gai. II, 57.

tianum eingeführt uns denken wollten, so würde ein Schluss auf die uindicatio unzulässig sein, da das Occupiren einer Erbschaft, wie man eben aus der usucapio pro herede sieht, mit ganz andern Augen angesehn worden ist, als das widerrechtliche Vorenthalten von Einzelsachen.

Ein weiterer Grund, die Haftung wegen dolus praeteritus der uindicatio gegenüber weiter zurückzudatiren, liegt darin, dass, wo sonst gewissen Rechtsmitteln gegenüber wegen dolo des. poss. gehaftet wird, diese Haftung schon lange vor dem SC. Juuentianum bestand. Namentlich ist es Labeo, welcher dieses Haftungsprincip wie für die actio ad exh.[1]), so auch bezüglich mehrerer restitutorischer Interdicte[2]) und der Noxalklagen[3]) angewendet hat. Dass die Jurisprudenz in dieser Beziehung auf einem erkannten Principe fusste, geht daraus hervor, dass der Praetor die Gleichstellung des dolus praeteritus mit der restituendi facultas in die Edictsworte aufgenommen hat bei Aufstellung des. interd. quod legatorum[4]), de precario[5]), de tabulis exhibendis[6]), quorum bonorum[7]), de lib. exhibendis[8]). Bei den Noxalklagen, welche ihrer Fassung

[1]) l. 15 ad exh.

[2]) l. 1 §. 13 ne quid in flum. publ.: In hoc interdicto restitutorio non est iniquum, ut Labeo ait, uenire etiam, quod dolo factum est, quo minus haberes. — Hat er hier seine Entscheidung nur auf Billigkeit gestellt, so scheint er gelegentlich eines andern Interdicts ein förmliches Princip aufgestellt zu haben. l. 2 §. 42 ne quid in loc. publ.: Hoc interdictum locum habet etiam aduersus eum, qui dolo malo fecit, quo minus possideret uel haberet: etenim parem esse conditionem oportet eius, qui quid possideat uel habeat, atque eius, cuius dolo malo factum sit, quo minus possideret uel haberet: et mihi uidetur uera Labeonis sententia. (Ulp.).

[3]) l. 24 de noxal. act.

[4]) l. 1 §. 7 quod legat.

[5]) l. 2 pr. 8 §. 3 de prec.

[6]) l. 1 pr. 3 §. 6 l. 4 de tab. exh.

[7]) l. 1 pr. quor. bon. Dass bei diesem Interdicte die Haftung des fictus possessor nicht auf einer von der hered. petitio hergenommenen Analogie beruht, darüber Leist a. a. O.

[8]) l. 1. de lib. exh. Im Allgemeinen l. 68 §. 1 pro socio.

nach ein 'in potestate esse' voraussetzen, ist durch besonderes praetorisches Einschreiten geholfen worden[1]).

Das Alles bürgt dafür, dass auch in das arbitrium restituendi der uindicatio der dolus praeteritus nicht erst gekommen ist durch analoge Anwendung des Hadrianischen Senatusconsults. Hatte unsere Gleichstellung einmal Eingang gefunden beim officium des Exhibitionsrichters, wie hätte sie dann dem Vindicationsrichter fern bleiben können? Dass dem arbitrium hier eine pronuntiatio vorausgeht, dort nicht, das konnte doch keinen Unterschied für unsere Frage machen.

Auch an einem äussern Anhalte in den Quellen für unsere Verneinung fehlt es nicht. Wenn nämlich die Einbeziehung des dolus praeteritus in das arbitrium restituendi der uindicatio auf einer analogen Anwendung des im SC. Juuentianum für die her. pet. aufgestellten Satzes beruhte, so wäre doch sicher zu erwarten, dass nicht erst der weit jüngere Paulus, sondern gerade die Zeitgenossen Hadrians, denen der angeblich auf Analogie beruhende Satz geläufig ist, denselben auf das eben erlassene SC. zurückgeführt hätten. Davon keine Spur[2]).

So wäre denn auch von anderer Seite wahrscheinlich gemacht worden, was unseres Erachtens aus l. 15 ad exh. mit voller Gewissheit folgt, dass schon zur Zeit Labeo's, wie für die actio ad exh., so auch für die uindicatio Haftung wegen dolus praeteritus bestanden hat[3]).

---

[1]) l. 26 §. 2 de noxal. act. Vollständigeres über das geschichtliche Auftreten des Princips siehe bei Leist, Fortsetzg. von Glück's Comment. Ser. der B. 37 u. 38. 1. Thl. Nr. 78.

[2]) Julian. l. 52 de r. u. Pompon. l. 70 eod. Gai. l. 36 pr. eod. Marcell. l. 25 eod.

[3]) Der Anschauung Jhering's, Geist III S. 118 f., dass die uindicatio in ihrer ursprünglichen Gestalt die Haftung wegen dolus praeteritus nicht kennt — steht unsere Ausführung nicht entgegen. Zur Zeit Labeo's bestand in dieser, wie in andern Beziehungen, eben schon neueres Recht. Nicht zu billigen ist aber Jherings Annahme (S. 29), dass der Schutz gegen dolose Veräusserungen historisch zuerst auftrete in der praetorischen actio in factum propter alienationem iudicii mutandi causa factam. Vgl. schon Wetzell, Vindicationspr. S. 133. Denn

Von den Stellen, welche die actio wegen dolo desiisse possidere statuiren, giebt eine über diesen Begriff genauere Auskunft. In l. 9 § 4 ad exh.[1]) besteht der dolus des beklagten Erben

— in eo (est), quod cautionem exigere supersedit a fructuario effectumque, ut legatum tuum euanesceret, cum iam nummos uindicare non possis.

Dolus liegt also in dem Ausserachtlassen einer allerdings sehr nahe liegenden Vorsichtsmaassregel, in einer Handlungsweise, welche sich nach sonstigem Sprachgebrauch als culpa lata darstellen würde. Also Gleichstellung von dolus und culpa lata[2]). Und da nun diese Gleichstellung keineswegs als eine durchschlagende, in jeder Beziehung geltende erscheint[3]), so ist es wohl nicht unnütz zu constatiren, dass in unserer Stelle bezüglich des dolo desinere possidere auch culpa lata unter dolus subsumirt wird.

Ein weiteres Interesse gewinnt l. 9 §. 4 noch dadurch, dass sie ein Beispiel[4]) bietet, wie ein b. f. possessor, ja sogar

---

zunächst ist der Fall doloser Veräusserung weder der einzige noch der practisch wichtigste Fall des dolo desinere possidere, vielmehr bedurfte es des Schutzes namentlich gegen dolose Vernichtung. Ferner hat die praetorische Klage zur Voraussetzung, dass durch die Veräusserung durior nostra (des Klägers) conditio fit l. 3 §. 1 h. t., dass nostra interest, alium aduersarium nos non habuisse l. 1 eod. — welche Rücksicht beim dolo desinens possidere ausser Betracht bleibt. S. noch l. 4 §. 1 eod.: Itemque fieri potest, ut sine dolo malo quidem possidere desierit, uerum iudicii mutandi causa id fiat. sunt et alia complura talia. potest autem aliquis dolo malo desinere possidere nec tamen iudicii mutandi causa fecisse nec hoc edicto teneri: neque enim alienat, qui dumtaxat omittit possessionem. (Das 'utile iudicium pati, perinde ac si possideret' in l. 3 §. 5 h. t. geht nicht, wie Wetzell will, auf eine uindicatio, sondern auf die im früheren Verlauf der Stelle berührte actio ex operis noui nuntiatione. Wer wird an eine utilis uindicatio mit in der Formel fingirtem Besitz des Beklagten denken?)

[1]) Abgedruckt und erklärt oben S. 94 f.

[2]) Andere eine solche Gleichstellung enthaltende Stellen Mommsen, Beiträge III S. 354.

[3]) Wächter, Syst. II §. 112 Anm. 12. Unger, Syst. II §. 102 Anm. 20. 21. Demelius, Jahrbb. für Dogmatik V S. 82 ff.

[4]) Ein prägnanteres als die gewöhnlich angeführte l. 45 de r. u.

Jemand, der als Eigenthümer veräussert hat (und zwar vor der LC.), nichtsdestoweniger als dolo desinens possidere behandelt wird[1]). Dass dies geschehn kann, folgt, was hier nicht weiter auszuführen ist, aus dem Wesen der Bedingungen[2]).

§. 37.

Keine Haftung wegen liti se offerre.

Dass der actio ad exh. gegenüber derjenige hafte, qui liti se obtulit, ist nirgends in den Quellen gesagt. Dies hat Befremden erregt, und man könnte leicht auf die Meinung verfallen, dass nur zufällig, unvollständiger Weise kein Zeugniss jenes Inhalts in der Compilation enthalten sei. Indessen giebt es Gründe dafür, dass in der That die beregte Anwendung des fingirten Besitzes von den römischen Juristen gar nicht gemacht worden ist.

Bei Erörterung dieses Punctes müssen wir ausgehn von der Entwickelung, den die Haftung wegen Oblation im Vindicationsprocesse genommen hat.

Man hat die Haftung dessen, qui liti de obtulit, der Vindication gegenüber zurückführen wollen auf das SC. Juuentianum[3]). Es scheint uns indessen nachweisbar zu sein, dass sich jene Haftung ursprünglich aus der stipulatio iudicatum solui und zwar aus ihrer clausula de dolo ableitet[4]). Auch nachdem die Unhaltbarkeit des Versuches von Wetzell, die ganze Theorie des Vindicationsprocesses auf der stipulatio

---

(Wächter Erörtergg. III S. 129 Anm. 89. Neuner, Wesen und Arten der PRverh. S. 192 Anm. 2), denn in letzterer Stelle besteht der dolus praeteritus eigentlich gar nicht im dolo desinere *possidere*, da ja der homo restituirt wird. Vgl. auch Wetzell S. 267. Schirmer, Judicialstip. S. 167.

[1]) Eigenthümer ist der Erbe vor Existenz der conditio des Vindicationslegats, Fitting, Rückziehung S. 37 f. 59 ff.

[2]) S. darüber Windscheid, Pand. §. 89 S. 218 a. E. (2. Ausg.): „Ebensowenig wie rechtliche Verfügungen u. s. w.“

[3]) Glück, Comment. VII S. 524 Anm. 84. Leist, bon. poss. I S. 396. Dagegen Wetzell, Vindicationsproc. S. 214 Anm. 2.

[4]) So auch Bethmann-Hollweg II §. 91 Anm. 38.

iudicatum solui aufzubauen, nachgewiesen ist[1]), darf doch nicht verkannt werden, dass gerade in Bezug auf den uns hier beschäftigenden Punct die allerdings später gesetzlich festgestellte Haftungspflicht des Beklagten ursprünglich nur durch die Stipulation vermittelt worden ist.

Dafür bietet zunächst einen Anhalt l. 39 de dolo. Gai.:

Si te Titio obtuleris de ea re quam non possidebas in hoc ut alius usucapiat, et iudicatum solui satis dederis: quamuis absolutus sis, de dolo malo tamen teneberis: et ita Sabino placet.

Zunächst geht aus der besonderen Hervorhebung der geleisteten Caution hervor, dass im Sinne des Gaius und Sabinus unter dem 'de dolo malo teneri' die Haftung aus der clausula doli verstanden werden muss[2]). Ferner ist Schirmer darin beizustimmen, dass die Worte 'quamuis absolutus sis' nicht, wie Wetzell will, bedeuten können „obgleich du wegen deines dolus schon losgesprochen bist" (nämlich im Urtheil des Vindicationsprocesses) —, indem solchen Falls sowohl der Klage aus der doli clausula, als auch einer etwaigen actio doli, an welche Wetzell denkt, exceptio rei iudicatae entgegenstünde[3]).

Es muss vielmehr angenommen werden, dass Sabinus und Gaius den Fall im Auge haben, dass vom liti se obtulisse im Vindicationsprocesse gar nicht die Rede gewesen ist[4]). Warum ist nun die oblatio nicht zur Sprache gekommen? Entweder weil Kläger bei der Vindication den dolus des Beklagten nicht zur Sprache gebracht hat, oder aber, weil die

---

[1]) Durch Römer, Erlöschen §. 6, und sehr ausführlich durch Schirmer, Judicialstipulationen, welches Werk sich grösstentheils mit dieser Widerlegung beschäftigt.

[2]) Anders im Sinne der Compilatoren, Schirmer a. a. O. S. 165 f.

[3]) Es wäre dieselbe Rechtsfrage nur unter einem andern rechtlichen Gesichtspuncte. Windscheid, Pand. I S. 130 Z. 1.

[4]) Etwas unbestimmt Schirmer a. a. O.: „Es ist also das Urtheil im Eigenthumsprocesse für den dolus günstig ausgefallen, indem offenbar auf die betrügliche Uebernahme desselben vom Richter weiter nicht eingegangen wurde".

Oblation für das Resultat des Eigenthumsstreites irrelevant war, nur auf Grund der doli clausula geltend gemacht werden konnte.

Im Sinne der Compilatoren muss die erste Alternative angenommen werden, da zu ihrer Zeit die Haftung wegen Oblation der Vindication gegenüber ausser Zweifel ist. Dabei ist aber nur sehr schwer ersichtlich, wie Kläger dazu kommen soll, den Beklagten loszulassen, da doch das Uebernehmen der Klage trotz Nichtbesitz schon vor dem Urtheile constatirt ist, warum er nicht vielmehr auf Condemnation sofort im Eigenthumsprocesse dringen wird. Ob jene Uebernahme doloser Weise geschehen ist, das wird zwar im Laufe des Processes vielleicht noch nicht gewiss geworden, aber das Material für eine Behauptung doloser Oblation muss doch schon gegeben sein. Schirmer denkt an den Fall, dass sich Kläger zunächst vom Vindicationsbeklagten ab, gegen den wirklichen Besitzer gewendet und ein obsiegliches Erkenntniss erhalten hat. Allein dieses Abspringen von der einen Klage zur andern wird doch schwerlich eintreten, da ja dem Kläger auch nach Erlangung eines siegreichen Urtheils gegen den fictus possessor immer noch die Klage gegen den wirklichen Besitzer offen bleibt.

Ist nun unsere Stelle im Sinne der Compilatoren kaum unter Zuhülfenahme aller möglichen unwahrscheinlichen Combinationen zu erklären, so ist wohl zugleich die Annahme begründet, dass im Sinne des Sabinus und Gaius auf die nachträgliche Klage aus der doli clausula der stipulatio iud. solui lediglich aus dem Grunde verwiesen wird, weil zur Zeit dieser Juristen im Vindicationsprocesse selbst für die Berufung auf dolose Oblation gar keine Stelle war.

Darauf drängt es auch hin, wenn in l. 45 de her. pet.:

Qui se liti optulit, cum rem non possideret, condemnatur, nisi si euidentissimis probationibus possit ostendere actorem ab initio litis scire eum non possidere: quippe isto modo non est deceptus et qui se hereditatis petitioni

> optulit ex doli clausula tenetur: aestimari scilicet oportebit, quanti eius interfuit non decipi —

Celsus ausdrücklich sagt, dass bei der hered. petitio die Haftung wegen doloser Oblation stattfinde ex doli clausula. Was hätte — fragen wir billiger Weise — das für Sinn, wenn diese Haftung auch schon ohne stipulatio sich von selbst verstünde?

Während nach dem Ausgeführten Sabinus, Gaius, Celsus die Haftung auf die Clausel stützen, ist nun freilich andrerseits gewiss, dass andere Juristen die erstere als im arbitrium iudicis gelegen characterisiren. So that dies zweifellos Marcellus in seinen Noten zu Julian, wie Ulpian referirt in l. 13 §. 13 de her. pet.:

> Non solum autem ab eo peti hereditas potest, qui corpus hereditarium possidet, sed et si nihil. et uidendum, si non possidens optulerit tamen se petitioni, an teneatur. et Celsus libro quarto digestorum scribit ex dolo eum teneri: dolo enim facere eum qui se offert petitioni. quam sententiam generaliter Marcellus apud Julianum probat: omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri.

Aus den letzten Worten geht mit Sicherheit hervor, dass Marcellus nicht an eine Haftung blos ex doli clausula denkt. Ihm sind dann Ulpian und auch Paulus[1]) beigetreten.

Unverkennbar haben wir es hier zu thun mit einer fortschreitenden Rechtsentwicklung. Die älteren Juristen Sabinus, Celsus, Gaius leiten die Haftung aus der clausula doli ab, die späteren, von Marcellus, einem jüngeren Zeitgenossen des Gaius, angefangen, gründen sie auf das arbitrium iudicis. In l. 13 §. 13 cit. sehn wir den Fortschritt sich vor unsern Augen vollziehn. Celsus statuirt Haftung wegen des in der Oblation liegenden dolus unter Herbeiziehung der Clausel[2]): Quam sententiam Marcellus *generaliter* probat, d. h. Marcellus

---

[1]) l. 26. 27 de r. u.

[2]) Das ist ganz sicher, da die in l. 13 bezogene Stelle libro quarto digestorum eben die l. 45 ist, in welchem Fragment es ja ausdrücklich heisst 'ex clausula doli tenetur'.

erkennt die Haftung an, erweitert aber den gebilligten Satz des Celsus dahin, dass omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri, d. h. dass der arbiter des petitorium kraft der Formelworte 'nisi restituat' diesen Punct ex officio zu erörtern und gleich das Urtheil des petitorium demgemäss einzurichten habe [1]).

Dass die Lehre sich so entwickelt hat, geht auch hervor aus dem, was als Gegenstand der Condemnation wegen doloser Oblation bezeichnet wird. Natürlich geht vom Standpunct des Celsus aus die Verurtheilung auf dasjenige, um was Kläger durch jene Oblation beschädigt ist: aestimari oportebit quanti eius interfuit non decipi [2]). Auch Sabinus und Gaius können nur an dieses Interesse denken [3]), da, wenn nach beendigtem Eigenthumsprocesse die actio ex stipulatu erhoben wird, natürlich die condemnatio der letztern, nicht das quanti ea res erit der uindicatio für den Spruch des Richters entscheidet. Vom Standpuncte des Marcellus hingegen haftet der qui liti se optulit eben als quasi possidens, d. h. er wird verurtheilt auf quanti ea res erit der in rem actio, wie ein wirklicher Besitzer.

War nun aber bis Marcellus die Haftung wegen Oblation eine nur durch die stip. iud. solui vermittelte, so kann bis dahin bei der actio ad exh. von jener Haftung keine Rede gewesen sein. Es könnte sich also nur darum handeln, ob späterhin, nachdem unser Fall des 'quasi possidentem teneri' einmal für's arbitrium restituendi anerkannt war, eine analoge Anwendung desselben Rechtsgedankens auf das arbitrium exhibendi angenommen werden kann.

Auf l. 131 de r. i. kann man sich für eine solche Analogie nicht berufen [4]); denn der in dieser Stelle ausgesprochene Satz 'quia pro possessione dolus est'. wird nur als Grund

---

[1]) Julian, dürfen wir annehmen, war derselben Meinung wie Celsus und gab Marcellus Gelegenheit zur erweiternden Zustimmung.

[2]) l. 45 cit. S. 193 f.

[3]) In l. 39 cit. S. 192.

[4]) Wie z. B. Arndts, Pand. §. 346 Anm. 3.

für die Behandlung des dolo desinens possidere angeführt. In dieser Richtung schlägt denn auch, wie wir früher gesehn, die Gleichsetzung allgemein durch und war seit früher Zeit ein juristisches Princip. Ganz anders bezüglich des liti se offerre. Wo der dolo des. poss. für haftbar erklärt wird, und eine Erwähnung auch des liti se offerens nahe genug läge, findet sich doch keine Spur von einer Haftung des letzteren. So, abgesehn von der actio ad exh., auch beim interdictum de tabulis exhibendis, quod legatorum, quorum bonorum[1]).

Es erweist sich aber auch die vermeintliche analoge Anwendung als unzulässig nach dem Wesen der actio ad exh.

Nur derjenige kann, wie früher festgestellt ist, vom iussus ad exhibendum, also auch von der Condemnation im exhibitorium betroffen werden, welcher schon jetzt als rechter Beklagter für das iud. directum erkannt ist. So wer exhibendi und damit zugleich restituendi facultas hat. Ebenso auch qui dolo desiit possidere. Kann man aber etwa sagen, dass wer der actio ad exh. se obtulit, damit zugleich auch in Bezug auf die zukünftige uindicatio sich einer Oblation schuldig mache? Gewiss nicht, da nur denjenigen letzterer Vorwurf trifft, der es zur Litiscontestation (des Vindicationsprocesses) kommen lässt.

Warum, fragen wir ferner, ist es in der Ordnung, dass qui uindicationi se obtulit quasi possidens verurtheilt werde? Weil er doloser Weise herbeigeführt, dass dem Kläger die erstrittene pronuntiatio fruchtlos, der Sieger um die Consequenzen derselben, Naturalrestitution, bezw. das quanti ea res est der in rem actio gebracht wird. Es liegt nahe dem Beeinträchtigten in der Weise Schadenersatz zu verschaffen, dass trotz mangelnder restituendi facultas in jenes quanti ea res erit verurtheilt wird.

Von demjenigen hingegen, welcher der actio ad exh. se obtulit, kann man doch nicht ohne Weiteres sagen, dass er

[1]) Die Haftung dessen qui alienum seruum suum esse fatetur, der Noxalklage gegenüber, fällt nicht unter den Gesichtspunct doloser Oblation, sondern des alienum seruum defendere l. 38 §. 1 de noxal. act.

schon deshalb, weil er den Kläger in einen erfolglosen Exhibitionsstreit verwickelt hat, eben denselben zugleich um das quanti ea res erit der uindicatio schädigt. Und eben mit dem letztern ist ja, wie wir wissen, das quanti ea res erit der actio ad exh., auf welches die Verurtheilung gehn müsste, identisch. Nur dann, wenn das Condemnationsmaass des exhibitorium ein selbständiges, nicht mit dem des iudicium directum identisches wäre, könnte man auf eine Haftung wegen doloser Oblation dem ersteren gegenüber geführt werden.

Wenn wir nun Haftung als quasi possidens wegen liti se offerre unserer Klage gegenüber verwerfen müssen, so soll damit natürlich nicht gesagt sein, dass nicht wegen solcher Oblation Schadensersatz gefordert werden könne, etwa mit actio doli. Ja es sind sogar besondere Umstände denkbar, unter welchen das als Schadensersatz zu Leistende mit dem quanti ea res der uindicatio identisch ist, also schliesslich die Sache auf dasselbe hinausläuft, als wenn der offerens als fictus possessor verurtheilt würde. So in dem Falle, wenn in Folge der durch fruchtlosen Exhibitionsstreit herbeigeführten Verzögerung die uindicatio gegen den wirklichen Besitzer zu spät kommen würde etwa wegen unterdessen eingetretener Ersitzung. Was wir verneinen, ist nur principielle Gleichstellung dessen, qui liti se obtulit, mit demjenigen, der facultas exhibendi hat, bezw. dolo desiit possidere.

Hier mag auch Ablehnung einer andern Analogie von der uindicatio auf die actio ad exh. ihre Stelle finden.

Kann, wenn gegen einen detentor nom. alieno ad exh. geklagt wird, letzterer durch laudatio auctoris der Klage entgehn? Natürlich erwächst diese Frage nur, falls man das Recht der laudatio dem Vindicanten gegenüber, welches bekanntlich Constantin (in c. 2 ubi in rem actio) nur bezüglich unbeweglicher Sachen gewährt, auch auf bewegliche Sachen anwendet.

Das Recht des Vindicationsbeklagten zur laudatio auctoris beruht auf folgendem Gedanken. Beklagter gesteht seine facultas restituendi ein, ist auch bereit ohne Widerstand von

seiner Seite zu restituiren, soll aber dabei billiger Weise verlangen dürfen, dass er selbst gegen den auctor gedeckt werde. Würde er glattweg restituiren, so könnte er dem Genannten schwer verantwortlich werden, ja selbst wenn er seinerseits den Process auf sich nähme und als Besiegter restituiren müsste, könnte er leicht in dieselbe Lage gerathen. Er darf deshalb die Restitution davon abhängig machen, dass Kläger den Eigenthumsstreit mit dem auctor siegreich austrage. So wird für den zwischen zwei Feuern Befindlichen durch die laudatio auctoris ein Ausweg in für alle Betheiligten zuträglicher Weise eröffnet.

Diesen Ausweg erfordert die Situation eines mit actio ad exh. belangten detentor nom. al. keineswegs. Denn wenn er es auf den Process ankommen lässt und exhibiren muss, ja selbst wenn er ohne Process exhibirt, so vergiebt er damit dem Rechte des auctor nicht das Geringste, wird also auch nicht verantwortlich. Daher kein Recht zur laudatio auctoris, welche dem Bekl. Nichts nützen, den Exhibitionskläger aber in der Erreichung seines Zieles aufhalten würde.

Es versteht sich hierbei von selbst, dass jeder Kläger, der durch actio ad exh. mehr als Vorweisung erlangen will, sich auf den juristischen Besitzer muss verweisen lassen.

Siebentes Capitel.

Der iussus ad exhibendum.

§. 38.

Ort der Exhibition.

Welches die Voraussetzungen des an den Beklagten zu erlassenden richterlichen Auftrags sind, ist festgestellt. Wenden wir uns nunmehr zum Inhalte desselben. Kraft der Clausel 'nisi exhibeat' ist es immer das exhibere, welches als dem Beklagten Behufs Abwendung der Condemnation aufzuer-

legende Leistung erscheint. Dass dem Begriff exhibere die ganz bestimmte, einheitliche Bedeutung eines facere in publico potestatem innewohnt, wurde in Cap. II unserer Darstellung festgestellt. Zugleich aber erhellte dort, dass dieses exhibere nur das höchste Maass dessen bildet, was der iudex auflegen kann — dass aber sowohl durch weitergehende Verwilligungen des Beklagten (Restitution, tollere pati), als auch durch Selbstbeschränkung des Klägers (blosses separare, Vorweisen ausser Gericht, Zutritt gestatten) der iudex in die Lage gesetzt werden kann, auch ohne dass ein eigentliches exhibere geschehe, zu absolviren, sich also gewissermaassen mit einem Surrogate des formelmässigen exhibere zu begnügen.

Wenn wir nun nach dem Erfüllungsorte des arbitrio iudicis Auferlegten fragen, so müssen wir ebenfalls unterscheiden zwischen dem, was abgesehn von solchen freiwilligen Concessionen der Parteien Richtschnur ist, und dem, wozu es in Folge jener kommen kann.

Der Ort des exhibere folgt schon aus dem Begriffe desselben. Ist exhibere ein facere *in publico* potestatem, ut etc. —, so ist der Ort der Vorweisung die Stätte desjenigen Gerichts, vor welchem die actio ad exh. stattfindet. Daraus folgt, dass, wenn sich die Sache an einem andern Orte befindet, sie an den Ort des Gerichts hinzuschaffen ist, und zwar hinzuschaffen durch den Exhibenten. Die Exhibition ist ja keine Herausgabe an den Kläger, welche dann auch an einem andern als am Gerichtsorte geschehn könnte, — sondern eine Vorweisung in publico von Seiten des, also auch durch den Pflichtigen. Was aus dem Begriffe selbst hervorgeht, wird auch noch besonders bestätigt in l. 38 de iudiciis. Lic. Rufinus:

> Quod legatur, si quidem per personalem actionem exigetur, ibi dari debet ubi est, nisi si dolo malo heredis subductum fuerit: tunc enim ibi dari debet ubi petitur. praeterea quod pondere aut numero aut mensura continetur, ibi dari debet ubi petitur, nisi si adiectum fuerit 'centum modios ex illo horreo' aut 'uini amphoras ex illo dolio'.

si autem per in rem actionem legatum petetur, etiam ibi peti debet ubi res est. et si mobilis sit res, ad exhibendum agi cum herede poterit, ut exhibeat rem: sic enim uindicari a legatario poterit.

Es ist durch Bethmann-Hollweg[1]) nachgewiesen, dass die Worte 'etiam peti debet ubi res est' unmöglich auf ein forum rei sitae sich beziehn können, sondern dahin zu verstehn sind, dass Restitution nur an dem Orte ubi res est, verlangt werden kann. Wenn nun in den nächsten Worten am Ende der lediglich vom Erfüllungsorte handelnden Stelle für bewegliche Sachen auf die actio ad exh. verwiesen wird, so muss auch diese Bemerkung eine Beziehung auf den Leistungsort haben. Es muss mit der Klage etwas dem Legatar Günstiges bezüglich des Erfüllungsortes zu erlangen sein. Was? kann nicht fraglich sein: Legatar kann bewirken, dass die Sache an den Ort geschafft wird, wo er vindicirt, indem er nämlich an diesem Orte vor der Vindication ad exhibendum klagt. So erreicht er Restitution an diesem Orte, welche er durch Vindication allein nicht erreichen könnte[2]).

In l. 12 §. 1 depos. (abgedruckt S. 22) wird denn nun auch ganz ausdrücklich dem Kläger die Befugniss zugeschrieben, die Hinschaffung der Sache nach Rom oder an den Ort des Gerichts zu verlangen, und gerade in dieser Frage von der actio ad exh. auf andere Klagen ein Schluss gemacht.

Wie vereinigt sich aber nun mit dem bisher Erkannten die Aeusserung Ulpians, welche vom Exhibitionsorte ex professo handelt und auch in der Compilation als Sitz der Lehre erscheint, l. 11 §. 1 ad exh.:

Quo autem loco exhiberi rem oporteat uel cuius sumptibus, uideamus. et Labeo ait ibi exhibendum, ubi fuerit,

---

[1]) Versuche S. 74 ff.

[2]) So versteht auch Bethmann-Hollweg a.a.O. S. 76 die Schlussworte der Stelle: „Darauf, dass die Sache von dem Gerichtsorte entfernt gedacht wird, deutet auch die Erwähnung der actio ad exh. am Ende der Stelle, durch welche deren Herbeischaffung gefordert werden kann“.

cum lis contestaretur, periculo et inpendiis actoris perferendam perducendamue eo loci ubi actum sit.

Ist nicht hier ausdrücklich gesagt, dass zu exhibiren sei am Orte, wo sich die Sache zur Zeit der Litiscontastation befinde?

Und doch wird es nicht schwer sein sich mit der Stelle abzufinden. Labeo identificirt (uel) die Frage: quo loco exhibendum — vollständig mit der andern Frage: cuius sumptibus? Da muss denn die Antwort dahin ausfallen: von dem Orte, wo sich die Sache zur Zeit der LC. befindet, wird sie auf Gefahr und Kosten des Klägers an den Gerichtsort geschafft, und insofern geht also die Verpflichtung des Exhibenten nicht über den Ort ubi res est hinaus. Dass hingegen Exhibent verpflichtet ist die Sache seinerseits an den Gerichtsort zu stellen, geht aus Labeo's Worten bestimmt hervor. Denn wenn die Stelle fortfährt:

Pascere plane seruum uestire curare possessorem oportere ait. ego autem arbitror interdum etiam haec actorem agnoscere oportere, si forte ipse seruus ex operis uel artificio suo solebat se exhibere, nunc uero cogitur uacare. proinde et si apud officium fuerit depositus exhibendus, cibaria debebit agnoscere qui exhiberi desiderauit, si non solebat possessor seruum pascere: nam si solebat, sicuti pascit, ita et cibaria potest non recusare —

so sieht man daraus, dass es sich um Auslagen des possessor während des von ihm geleisteten Transports handelt, welche Desiderant unter Umständen aus seinen Mitteln begleichen muss (agnoscere). Dass der Transport der zu exhibirenden Sache durch den Exhibenten geschieht, versteht sich auch insofern ganz von selbst, als ja eine Einhändigung an den Kläger über den Begriff exhibere hinausgeht und, wo ein Process um die Sache bevorsteht, ganz gegen das Interesse des Exhibitionspflichtigen wäre. Wie sehr die Stelle den Ort der Exhibition nur vom Gesichtspuncte des periculum et sumptus aus betrachtet, beide Fragen identificirt, geht endlich auch aus den Worten hervor, mit denen sie fortfährt:

Interdum tamen eo loci exhibere debet suis sumptibus, si forte proponas data opera eum in locum abditum res contulisse, ut actori incommodior esset exhibitio: nam in hunc casum suis sumptibus et periculo debebit exhibere in eum locum ubi agatur, ne ei calliditas sua prosit.

So ist denn auch l. 11 §. 1 von denen aufgefasst worden, welche sich auf sie für den Satz, dass der Klagort Erfüllungsort sei, berufen haben[1]). Für diesen allgemeinen Satz kann die Stelle nun freilich nicht beweisen, da das exhibere eben eine ganz besonders geartete, ihrem Zwecke nach local bestimmte Leistung ist. Andererseits wird man aber auch nicht der Meinung[2]) beitreten können, dass der Exhibitionsort der Ort der Lage der Sache sei. Man müsste denn, wie Labeo, geradezu beide Fragen, die nach dem Erfüllungsorte, und die, auf wessen Gefahr und Kosten der Transport geschieht, identificiren. Noch weniger ist es thunlich, der l. 11 §. 1 eine epochemachende Bedeutung in der Lehre vom Erfüllungsorte anzuweisen[3]). Es scheint nicht der mindeste Grund vorhanden zu zweifeln, dass die Sätze des Labeo gelten, so lange es eine actio ad exh. gegeben hat.

Bisher war die Rede von dem exhibere = facere in publico potestatem Behufs eines bevorstehenden Processes um die Sache. Wo der iudex in Folge von freiwilligen Concessionen der Parteien sich mit einem Surrogate des eigentlichen vollen exhibere begnügt, da tritt natürlich auch eine Modification im Leistungsorte ein. So handelt es sich beim tollere

---

[1]) z. B. Puchta, Pand. §. 246. Windscheid, Pand. §. 282 Anm. 4.

[2]) Reatz, die Lehre vom Erfüllungsort §. 8. R. redet auch von einem „in Empfang nehmen" der Sache, was beim wirklichen facere in publico potestatem gar nicht vorkommt. Auch Sintenis, CR. §. 92 a 2, beruft sich auf l. 11 §. 1 für den Satz, dass Sachen da, wo sie zur Zeit der Erhebung der Klage sind, „geleistet" werden können.

[3]) Reatz a. a. O. S. 33: „Im älteren Recht galt die Regel, dass der Klagort Erfüllungsort sei. Diese Regel wird zuerst von Labeo und zunächst für die Exhibitionspflicht durchbrochen".

pati nur um Gestattung des Zutritts zur Sache[1]). Zur Ausübung eines Wahlrechts wird sich Desiderant auch mit Besichtigung der Sachen am Orte ihres Befindens begnügen. Bei der Klage auf Separation wird er vielleicht ganz von der Besichtigung absehn und sich mit der geschehenen Trennung begnügen.

§. 39.

Sonstige Modalitäten.

Was die Kosten der Exhibition anlangt, so stellt l. 11 §. 1 cit. das einfache Princip auf, dass Exhibent von jeder Belastung frei bleiben soll, ausgenommen den Fall, dass er durch arglistige Wegschaffung der Sache die Herbeischaffung derselben erschwert hat. Hier ist aber noch hinzuzufügen, dass doch auch die Beseitigung von Hindernissen, welche ohne Arglist durch den Exhibitionspflichtigen verursacht sind, demselben zur Last fallen kann. Dies kann geschehn, wo es sich um tollere pati von Sachen handelt, welche an den Ort ihres Befindens unter Gestattung des Eigenthümers dieses Ortes gelangt sind. So in l. 19 §. 5 loc. Ulp.:

> Si inquilinus arcam aeratam in aedes contulerit et aedium aditum coangustauerit dominus, uerius est ex conducto eum teneri et ad exhibendum actione, siue scit siue ignorauerit: officio enim iudicis continetur, ut cogat eum aditum et facultatem inquilino praestare ad arcam tollendam sumptibus scilicet locatoris.

Aber auch dem Desideranten können besondere Auslagen erwachsen, wo er ein tollere pati verlangt. Soweit nämlich — abgesehn von Fällen wie der in l. 19 §. 5 cit. — beim Wegnehmen, Wegtransportiren dem zur Gestattung Verpflichteten irgend ein Nachtheil erwächst[2]), ist derselbe zu ersetzen und der Ersatz von vornherein durch Caution zu

---

[1]) Aus Stellen, welche vom tollere pati handeln, kann man nicht auf den Ort des eigentlichen exhibere schliessen, wie dies thut Reatz a. a. O. S. 36.

[2]) Mit viel Phantasie ausgemalt bei Einert p. 43.

sichern[1]). Da aber ferner im tollere pati ein definitives Hingeben der in der Detention des gestattenden Grundbesitzers befindlichen Sachen liegt, so ist hier arbitrio exhibendi auch eine Art von Retention zugelassen. Einmal kann nämlich der Gestattende nicht nur Caution wegen des durch die Wegnahme entstehenden, sondern auch wegen des etwa schon in der Vergangenheit entstandenen Schadens verlangen, z. B. bei durch Wassergewalt aufgeschwemmten Gegenständen[2]). Ferner ist auch ein Anspruch darauf anerkannt und durch Retention geschützt, dass der Berechtigte nicht nach Belieben nur theilweise, soweit es ihm etwa vortheilhaft ist, die Wegnahme vornimmt, ihm Werthloses und dem Grundbesitzer Lästiges hingegen liegen lässt[3]).

Man hat die Grundsätze über Tragung der Gefahr und Transportkosten bei der Exhibition zurückführen wollen auf eine besondere, durch die im Exhibirenmüssen liegende Belästigung motivirte Schonung des Pflichtigen[4]). Allein es zeigt ein Blick auf die correspondirenden Bestimmungen über Restitution[5]), dass wir in jenen Sätzen nichts der Exhibitionspflicht Specifisches vor uns haben.

Ebensowenig rechtfertigt sich das angegebene Motiv bezüglich der Bestimmung, dass unter Umständen Frist zum exhibere arbitratu iudicis gegeben wird, aber nur gegen sofortige Cautionsleistung[6]). Denn auch in dieser Beziehung gilt für den arbitratus restituendi ganz das Nämliche[7]).

Wie wenig die als Voraussetzung des zu verstattenden

---

[1]) l. 4 §. 4. l. 9 §. 1. l. 15 ad exh. l. 8 de incend. l. 7 §. 2 de damn. inf. l. 9 §. 1 eod.

[2]) l. 4 §. 4 h. t. l. 7 §. 2 de damn. inf. Ungerechtfertigte Zweifel bezüglich schon geschehenen Schadens sind widerlegt bei Heise und Cropp, jurist. Abhdlgg. I S. 415 ff. S. auch daselbst Erk. des Hanseat. OAG. 1825 und eins dergleichen 1847 bei Seuffert Arch. III Nr. 59.

[3]) l. 4 §. 3 eod. l. 7 §. 2 cit. l. 9 §. 2 de damn. inf.

[4]) Einert p. 44 sq.

[5]) l. 10. 11. 12 de r. u.

[6]) l. 12 §. 5. l. 5 §. 6 h. t. §. 3 I. de offic. iud.

[7]) §. 2 I. de offic. iud. l. 27 §. 4 de r. u. l. 6 §. 2 de confess.

Aufschubs bezeichnete iusta causa[1]), oder das sine frustratione petere[2]) auf sich hat, wie sehr auf jedes factische Hinderniss dabei Rücksicht zu nehmen ist; zeigt die ebenfalls für das restituere und exhibere gemeinsame Entscheidung[3]), dass jede vom Besitzer nicht verschuldete Abwesenheit der Sache den Aufschub rechtfertigt.

Auf was bei gestattetem Aufschub die Caution zu richten ist, wird am Genauesten ausgesprochen in §. 2 I. cit.:

> ut tamen de litis aestimatione caueat cum fideiussore, si intra tempus, quod ei datum est, non restituisset.

Es ist das quanti ea res erit in der condemnatio der uindicatio, bezw. actio ad exh., dessen Leistung den Gegenstand der prätorischen Stipulation bildet. Hier, wie z. B. auch bei der stipulatio iudicatum solui, geht die Caution auf das durch die condemnatio selbst festzustellende Interesse des Klägers; es hat also die Caution lediglich den Zweck realer Sicherung. Es ist nur eine weniger genaue Ausdrucksweise, wenn in den andern von der Caution handelnden Stellen 'se restituturum, exhibiturum' als Gegenstand der Stipulation bezeichnet wird.

Eine ganz andere, mit der bisher besprochenen nicht zu verwechselnde Caution ist die in l. 16 de offic. praes. erwähnte[4]). Bei ihr handelt es sich nicht um einen bei auferlegter Exhibition gestatteten Aufschub, sondern um eine unter ausserordentlichen Umständen auferlegte Sequestration, an deren Stelle auch cautio sisti exhiberiue soll treten können.

§. 40.

Exhibere in eadem causa.

Nachdem feststeht, dass und wie Beklagter zu exhibiren hat, erhebt sich für den iudex die weitere Frage, ob dem iussus gemäss exhibirt worden ist oder nicht? Diese Frage

[1]) l. 12 §. 5 cit.

[2]) §. 3 I. cit.

[3]) l. 5 §. 6 ad exh. l. 27 §. 4 de r. u.

[4]) Die Stelle ist abgedruckt und besprochen oben §. 29.

findet einfache Antwort, wenn contumacia vorliegt, oder die Exhibition durch Arglist des Pflichtigen unmöglich gemacht ist. Besondere Erwägungen und die Aufstellung fester Normen machten sich für die Jurisprudenz aber dann nöthig, wenn

1) Beklagter zwar die Sache vorzuweisen bereit ist, allein dieses Vorweisen während der Zeitdauer des iudicium seinen Werth für den Kläger verloren hat;

2) oder wenn die Vorweisung während der Dauer des iudicium für den Beklagten ohne Schuld von seiner Seite unmöglich geworden ist.

Was zunächst den ersten Fall anlangt, so findet sich ein principieller Ausspruch in l. 9 §. 5 h. t.[1]). Das exhibere — so lassen sich Ulpian's Worte umschreiben — ist kein Act, der seine volle Bedeutung, seinen juristischen Werth in sich selbst trägt, sondern erst die Beziehung zum iudicium directum, die Ermöglichung, bezw. Erleichterung desselben giebt ihm seinen eigentlichen Inhalt. Das drückt sich denn auch in der Formel, wie sie zu denken versucht worden ist, bezeichnend genug aus. Es ist demnach ganz gut möglich, dass ungeachtet der Pflichtige auf den iussus hin das facere in publico potestatem leistet, doch der iudex sagen muss: es ist nicht exhibirt, also zu condemniren hat. So im Beispiel, welches Ulpian seiner Regel folgen lässt l. 9 §. 6[2]).

Hat während des iudicium ad exh. Beklagter die Sache ersessen, so ist dadurch zwar keineswegs die Vorweisung derselben unmöglich geworden, wohl aber ist die Bedingung nisi exhibeat eam rem, quam A^s. A^s. uindicaturus est — insofern existent geworden, als dieses exhibere d. h. die Vorweisung zur Durchführung dieses Klagrechtes wegen Untergangs desselben vereitelt ist.

Sehn wir zunächst davon ab, dass Ulpian in unserer Stelle doch noch ein Auskunftsmittel findet, dem Pflichtigen

---

[1]) Abgedruckt oben S. 28.

[2]) Abgedruckt S. 29.

die Condemnation zu ersparen, so finden wir ganz dieselbe Entscheidung im §. 3 I. de off. iud.:

Si ad exhibendum actum fuerit, non sufficit, si exhibeat rem is cum quo actum est, sed opus est, ut etiam causam rei debeat exhibere, id est ut eam causam habeat actor, quam habiturus esset, si, cum primum ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset: ideoque si inter moras usucapta sit res a possessore, nihilo minus condemnatur.

Ohne Zweifel beruht der Satz, dass der nach der litiscontestatio erfolgte Untergang des klägerischen Rechts den Beklagten nicht von seiner Exhibitionspflicht befreit, ganz auf demselben Principe, nach welchem ein Vindicationsbeklagter von seiner Restitutionspflicht durch seinerseits nach der LC. vollendete Ersitzung nicht befreit wird. Nur ist der Unterschied, dass die Restitution der usucapirten Sache möglich bleibt, der iudex also ungeachtet erfolgter Ersitzung pronuntiatio und Restitutionsbefehl zu Gunsten des Klägers giebt, somit auch durch Befolgung des ersteren die Condemnation abgewendet werden kann. Bei der actio ad exh. hingegen ist zugleich mit der erfolgten Usucapion auch die Unmöglichkeit des exhibere in eadem causa entschieden, und es muss demnach sofort zur Condemnation kommen.

Während nun die Institutionenverfasser diese Consequenz einfach aussprechen, sucht und findet Ulpian ein Surrogat für die unmöglich gewordene Naturalleistung, durch welches dem Kläger genau dasselbe wird, was ihm geworden wäre, wenn Beklagter es nicht hätte zum Process kommen lassen — und durch dessen Gewährung auch andererseits die Lage des Exhibitionspflichtigen nicht verschlimmert wird. Wenn nämlich Letzterer unter Vorweisung der Sache zugleich sich erbietet, das iudicium directum zu übernehmen mit Zurückdatirung des Litiscontestationsmoments auf die Zeit, zu der die Ersitzung noch nicht erfolgt war[1]), so geschieht nicht

---

[1]) Vgl. l. 1 §. 9 de itin. actuq. priu. Keller R. CPr. §. 89 Anm. 1121. Dirksen, man. s. v. repetere §. 6.

nur dem Kläger Genüge, sondern es behält auch Exhibent sein volles Vertheidigungsrecht im Vindicationsprocesse; insonderheit bleibt ihm auch eventuell und schliesslich die Möglichkeit, sich durch Naturalrestitution der Geldcondemnation zu entziehn. Man hat die Frage aufgeworfen[1]), ob nicht der in beiden Stellen gesetzte Fall einer während schwebenden iudicium ad exh. vollendeten Ersitzung unmöglich geworden sei nach c. 2 de annal. exc. (Justinian. 531), indem schon in der Anstellung der actio ad exh. nach dieser Constitution eine Unterbrechung der Ersitzung zu finden sei. Allein mag man der Meinung sein, dass aus c. 2 eine wirkliche Unterbrechung der Ersitzung durch Klaganstellung hervorgehe oder nicht[2]), — jedenfalls könnte diese Wirkung doch nur die Anstellung der Vindication selbst, aber nicht schon die der actio ad exh. haben. Denn zu den in c. 2 gegen den Abwesenden oder sonst nicht zu erreichenden Gegner zugelassenen Surrogaten der Eigenthumsklage gehört doch die letztere Klage nicht.

In beiden bisher behandelten Stellen knüpft sich unmittelbar an den Begriff des exhibere in eadem causa eine Erwähnung der fructus rei. So schon in den Schlussworten der l. 9 §. 6:

ita, ut fructus secundum legem aestimentur.

Dann fährt Ulpian fort §. 7:

Quia tamen causa petitori in hac actione restituitur, Sabinus putauit partum quoque restituendum, siue praegnans fuerit mulier siue postea conceperit: quam sententiam et Pomponius probat.

Und in der Institutionenstelle folgt unmittelbar auf die oben citirten Worte der Satz:

Praeterea fructuum medii temporis, id est eius, quod post acceptum ad exhibendum iudicium ante rem iudicatam intercessit, rationem habere debet iudex.

---

[1]) So schon die Glosse. Ferner Schrader ad §. Inst. cit.

[2]) S. über diese Controverse. Windscheid, Pand. §. 180 Anm. 7 (S. 506 2. Aufl.).

Es könnte hiernach den Anschein haben, als sei der iussus ad exh. auch auf die Früchte der vorzuweisenden Sache gerichtet und als könne somit Condemnation ungeachtet geschehener Exhibition der Hauptsache erfolgen, weil nicht auch die Früchte exhibirt sind. In der That hat man sich Mühe gegeben, die Nothwendigkeit einer solchen Erstreckung nachzuweisen [1]).

Indessen lässt sich erkennen, dass Gegenstand des iussus ad exh. die fructus rei nie sind, dass dieselben vielmehr immer erst in Betracht kommen entweder im Vindicationsprocesse oder im Exhibitorium für die Verurtheilung in's Interesse wegen nicht erfolgter Exhibition der Hauptsache.

Die Schlussworte der l. 9 §. 6 reden ganz ausdrücklich von der fructuum aestimatio in dem zu übernehmenden Eigenthumsprocesse mit zurückdatirter Litiscontestation. Das 'causam restituere' des §. 7 aber geht auf das wegen ausgebliebenen exhibere anzuschlagende quanti ea res der Condemnation. Es ist dies kein Gedankensprung, da schon in §. 6 von 'non exhibuisse' — 'absolui non oportere' die Rede gewesen ist. Wer in dieser Beziehung noch zweifeln sollte, braucht nur den folgenden §. 8 zu lesen:

> Praeterea utilitates, si quae amissae sunt ob hoc quod non exhibetur uel tardius quid exhibetur, aestimandae a iudice sunt. et ideo Neratius ait utilitatem actoris uenire in aestimationem, non quanti res sit, quae utilitas, inquit, interdum minoris erit quam res erit.

Etwas unklarer als Ulpian drückt sich die Institutionenstelle aus. Man könnte leicht ihren Inhalt so zu gruppiren geneigt sein: Beklagter muss 'etiam causam rei exhibere'; dazu gehört *a*) 'exhibere rem non usucaptam', *b*) Exhibition der Früchte. — Allein auch hier ist der Satz 'praeterea — iudex' gerade wie die entsprechende Bemerkung Ulpian's nicht auf den iussus ad exh., sondern auf die Condemnation in's Interesse zu beziehn. Es knüpft ja obiger Satz unmittel-

[1]) Schrader ad Inst. cit. Holzschuher, Theorie und Casuistik III §. 321 S. 1077 (2. Aufl.). Bühler S. 43.

bar an an das Schlusswort 'condemnatur' des vorausgehenden Satzes.

Freilich kann es kommen, dass man mit der actio ad exh. auch ohne dass es zur Condemnation kommt, Herausgabe, bezw. Ersatz der Früchte erreicht. Dann nämlich, wenn Beklagter freiwillig restituirt. Diesfalls muss er, um die Verurtheilung in's quanti ea res abzuwenden, auch gleich die Früchte mit restituiren, um den Kläger vollständig interesselos zu stellen.

Zur causa exhibendi im Sinne des Exhibitionsbefehls gehören demnach fructus rei, partus ancillae u. s. w. keinesfalls; es bezieht sich vielmehr dieser Begriff lediglich auf das intentionem perdere während der Dauer des iudicium ad exh. Nur insoweit die Früchte selbst Vindicationsgegenstand sind, kann bezüglich ihrer iussus ad exh. ausgewirkt werden.

Ausser in l. 9 §. 6 kommt noch ein Fall des 'non in eadem causa exhibere' vor in l. 10 h. t. Paul.:

> Si optione intra certum tempus data iudicium in id tempus extractum est, quo frustra exhibetur, utilitas petitoris conseruetur: quod si per heredem non stetit quo minus exhiberet tempore iudicii accipiendi, absoluendus est heres.

Nur der einschränkende Schlusssatz giebt noch zu einer Bemerkung Anlass. Derselbe darf nicht mit der Glosse auf die Abwesenheit von dolus auf Seiten des Beklagten bezogen werden, sondern hat Fälle im Auge, wo Beklagter factisch an der Vorweisung verhindert ist etwa durch Abwesenheit des zu exhibirenden Sclaven. Das geht schon daraus hervor, dass in dem andern Falle des intentionem perdere eine solche Beschränkung gar nicht hinzugefügt ist. Wenn die Condemnation wegen 'non in eadem causa exhibere' von unterlaufenem dolus des Beklagten abhängig wäre, so könnte eine solche wesentliche Voraussetzung doch von Ulpian nicht verschwiegen sein. Und es wird auch der Grund aufzufinden sein, warum schon allein daraus, dass Beklagter nicht sofort auf Verlangen des Klägers exhibirt, eine Haftung des erste-

ren erwächst. Die Beantwortung dieser Frage ist aber nicht nur für den Fall aufzuwerfen, dass während des Processes exhibere in eadem causa unmöglich wird, sondern auch für den Fall, dass das exhibere unmöglich geworden ist durch unverschuldeten Untergang der Sache.

§. 41.

Untergang der Sache während des Processes.

Dass Beklagter im Falle arglistiger oder schuldbarer Vernichtung, bezw. Verlustes der Sache nicht von seiner Verpflichtung loskommt, bedarf keiner Erörterung. Von unverschuldetem Untergange redet l. 12 §. 4 h. t. Paul.:

> Si post iudicium acceptum homo mortuus sit, quamuis sine dolo malo et culpa possessoris, tamen interdum tanti damnandus est, quanti actoris interfuerit per eum non effectum, quo minus tunc cum iudicium acciperetur homo exhiberetur: tanto magis si apparebit eo casu mortuum esse, qui non incidisset, si tum exhibitus fuisset.

Leicht ist zunächst zu erkennen, warum für die actio ad exh. nicht wie bei der uindicatio die bona, bezw. mala fides des Beklagten für seine Haftung maassgebend sein kann. Restitution ohne Process kann vom b. f. poss. billiger Weise nicht verlangt werden. Exhibiren soll aber auch ein b. f. poss. ohne Process, da ja die Vorweisung ohne jeden Nachtheil und unter Erhaltung des vollsten Vertheidigungsrechts geschehn kann. Es gilt hier nicht der Satz[1]): Qui sine dolo malo ad iudicium prouocat, non uidetur moram facere. Vielmehr ist mora exhibendi viel leichter anzunehmen, als mora restituendi. Zwar wird auch zur Exhibition Niemand ohne Untersuchung durch den Richter verhalten; allein wer es auf eine richterliche Untersuchung ankommen lässt, muss, falls Klägers Anspruch als gerechtfertigt anerkannt ist, den durch Verzögerung der Exhibition für den Desideranten erwachsenen Nachtheil tragen.

---

[1]) l. 63 de r. i.

Der Beweis für diese Sätze wird durch l. 9 §. 6 und l. 12 §. 4 vollständig geliefert. In beiden Stellen wird einerseits ein ohne jedes Verschulden eingetretener Untergang des Vindicationsrechtes, bezw. der zu vindicirenden Sache — andrerseits der Eintritt der Condemnation ohne irgend eine andere Voraussetzung statuirt, als diejenige, dass eben das exhibere in Folge der durch den Process herbeigeführten Verzögerung unmöglich geworden ist. Es ist das blosse, ganz objective 'per eum effectum quo minus tunc exhiberetur' — welches die Haftpflicht des Beklagten erzeugt. Auch hier natürlich keine Verpflichtung zur Interesseleistung ohne rechtswidriges Verhalten. Letzteres wird eben schon gefunden in der Verweigerung der Exhibition ohne Process[1]).

Modificationen der Regel, dass auch zufälliges Unmöglichwerden des exhibere während des Processes den Beklagten haftbar macht, können freilich eintreten, was durch das 'interdum' der l. 12 §. 4 angedeutet ist. So einmal dann, falls Beklagter unverschuldeter Weise nicht sofort exhibiren konnte; die Schlussworte der l. 10 h. t.[2]) beziehn sich allerdings zunächst auf ein 'non in eadem causa (frustra) exhibere', sind aber auch ganz anwendbar auf Nichtexhibirenkönnen wegen Untergangs der Sache während der Processdauer. Eine andere Modification unserer Regel ist angedeutet durch die Schlussworte der l. 12 §. 4 selbst. Wie jeder morose Schuldner kann sich auch der in der Exhibition Säumige von seiner Haftung befreien durch den Nachweis, dass auch im Falle rechtzeitiger Leistung die Sache zu Grunde gegangen sein würde. Beim Tode eines Sclaven wird dieser Nachweis ganz häufig zu führen sein, indem nur etwa ein Todesfall in Folge äusserer Einflüsse durch die Vorweisung hätte verhindert werden können[3]).

---

[1]) Natürlich nur dann, wenn der die Exh. Verlangende seinerseits es an Nichts hat fehlen lassen.

[2]) Abgedruckt S 210.

[3]) An eine Gegenbehauptung des Klägers, dass er im Falle rechtzeitig erfolgter Exhibition den Sclaven verkauft haben würde, ist wohl

Dem Satze der l. 12 §. 4 steht nicht entgegen l. 7 §. 5 h. t. Ulp.[1]); um dies zu erkennen, müssen wir noch den vorausgehenden §. 4 herbeiziehn:

§. 4. Si quis non possideat litis contestatae tempore, sed postea ante sententiam possidere coeperit, oportere dici putamus debere condemnari, nisi restituat. §. 5. Si quis, cum iudicii accepti tempore possideret, postea sine dolo malo possidere desierit, absolui eum oportet: quamuis sit, inquit Pomponius, quod ei imputetur, cur non statim restituit, sed passus est secum litem contestari.

Allerdings ist nicht zu verkennen, dass Ulpian in §. 5 zunächst die Haftung des Beklagten im Falle zufälligen Untergangs verneint und dem Gegengrunde des Pomponius nicht ausdrücklich beitritt. Indessen ist zweierlei dabei zu erwägen:

1) Ulpian lehrt in §. 4, dass es zur Condemnation genügt, wenn zwischen LC. und Urtheil exhibendi facultas eingetreten sei. Sofort kommt er auf den umgekehrten Fall und stellt das Princip auf, dass schuldloser Verlust der exh. fac. zwischen LC. und Urtheil den Beklagten befreie. Diese Antithese wird auch in ganz gleicher Weise für die Vindication gemacht[2]), und sie ist auch für beide Klagen, uindicatio

---

kaum zu denken, da ja durch die blosse Vorweisung der Kläger nicht mehr in die Lage kommt, über den Sclaven zu disponiren, als er es ohnedies schon war. Deswegen ist es wohl nicht richtig, unsere Stelle auf die Frage zu beziehn, welchen Einfluss die Möglichkeit des Verkaufs durch den Gläubiger auf die Verpflichtung des morosen Schuldners habe — wie dies geschieht von Cohnfeld, Interesse S. 195 f.

[1]) Was schon die Glosse bemerkt. Daraus, dass für die Exhibitionsmora ein anderer Gesichtspunct gilt als für die Restitutionsmora, folgt, dass l. 12 §. 4 nicht als Beweis für den unseres Erachtens unhaltbaren Satz benutzt werden kann, dass es für die Haftung des Vindicationsbeklagten wegen zufälligen Untergangs nach der LC. auf bona, bezw. mala fides nicht ankomme. A. M. Baron, Pand. I S. 208 b.

[2]) l. 27 §. 1 de r. u. Paul.: Possidere autem aliquis debet utique et litis contestatae tempore et quo res iudicatur. quod si litis contestationis tempore possedit, cum autem res iudicatur sine dolo malo amisit possessionem, absoluendus est possessor. item si litis contestatae tempore non possedit, quo autem iudicatur possidet, probanda

und actio ad exh., ganz richtig, abgesehn von dem Falle, dass Bekl. durch die LC. in moram restituendi, bezw. exhibendi versetzt ist. Während nun Ulpian das Princip ausspricht, erinnert und corrigirt er sich sofort unter Citirung des Pomponius dahin, dass allerdings für die actio ad exh. das Princip ziemlich illusorisch wird, indem hierdurch die LC. eben in der Regel mora exhibendi eintritt. So viel geht aus der Redewendung des Juristen zweifellos hervor, dass der Eintritt der mora exh. durch LC. nicht nur als möglicher Fall, sondern als ganz allgemeine Situation gedacht ist.

2) Daneben tritt — und deswegen braucht Ulpian seinen Ausspruch nicht geradezu zurückzunehmen — aber doch das Princip der l. 7 §. 5 und l. 27 §. 1 nicht ganz ausser Wirkung, sondern es fehlt unter Umständen, wie oben nachgewiesen wurde, entweder an den Voraussetzungen des Verzugs oder an den schädlichen Folgen der Verzögerung[1]).

Was vom zufälligen Untergange der Sache während der Processdauer gilt, das gilt nicht für die zufällige Verschlechterung. Für diese haftet der Beklagte keinesfalls. Das geht hervor aus Ulpian's Ausspruch l. 17 h. t.:

> Si quis hominem debilitatum exhibeat uel eluscatum, ad exhibendum quidem absolui debet: exhibuit enim et nihil impedit directam actionem talis exhibitio: poterit tamen agere actor ex lege Aquilia de hoc damno.

Es zeigt sich bezüglich solcher Verschlechterungen recht deutlich, dass die actio ad exh. nicht Selbstzweck ist, wie dies auch bezüglich der Früchte zu Tage trat[2]).

Nach der Stelle haftet aber Beklagter unserer actio gegenüber selbst für dolose und culpose Beschädigungen der Sache

---

est Proculi sententia, ut omnimodo condemnetur. — Es ist keineswegs nothwendig bei 'dolo malo' auch an culpa leuis zu denken, was Mommsen, Beiträge zum Obl.-Recht S. 30, vorschlägt.

[1]) Die gegebene Erklärung der l. 7 §. 5 scheint mir den übrigen Versuchen, diese Stelle mit l. 12 §. 4 zu vereinigen, vorzuziehn. Letztere siehe bei Bühler S. 46 f.

[2]) S. oben S. 209 f.

nicht[1]), mögen sie während des Processes oder vor dem Beginn desselben verursacht sein[2]). Dass uns Ulpian den richtigen Grund für seinen Satz angiebt, einen Grund, der ebensogut passt auf schuldbare als auf unverschuldete Verschlechterungen, zeigt ein Rescript von Diocl. et Max. c. 7 h. t.:

> Exhibitionis necessitate tenetur, qui facultatem habens culpam uel dolum in explendo praecepto committit, ita ut qui rem deteriorem exhibuit, aequitas exhibitionis perficiat, ut quamuis ad exhibendum agi non potest, in factum tamen actio contra eum detur.

Also auch hiernach kein Durchschlagen der actio ad exh. Die Kaiser müssen, um eine Haftung wegen doloser und culposer Beschädigungen während des Processes (in explendo praecepto)[3]) processualisch zu gestalten, zur actio in factum greifen. Allerdings haben sie aber in die aequitas exhibendi hineingezogen, was noch Ulpian ganz consequent, und wie wir glauben, auch materiell richtig, von der Exhibitionsfrage ausschied.

---

[1]) Einert §. 33 p. 119 sq. will den Satz Ulpian's auf den Fall einschränken, dass der Besitzer seine Exhibitionspflicht nicht gekannt hat. Dann wäre aber die Begründung: exhibuit enim rell. — ganz unzutreffend.

[2]) Für letzteren Fall geht die Nichtberücksichtigung doloser Verschlechterungen auch hervor aus l. 9 pr. h. t. In dem Falle der l. 42 ad leg. Aquil. ist 'delere instrumenta ut legi non possint' nicht ein blosses Verschlechtern, sondern ein Vernichten der Urkunde, fällt also unter den Begriff dolo desinere possidere.

[3]) Cf. c. 1 h. t.: praeses prouinciae exhiberi eam *iubebit*, und oben S. 42 Anm. 3.

Achtes Capitel.

Das quanti ea res erit.

§. 42.

Causalzusammenhang.

Wenn es eines Beweises bedürfte, dass in der Formelcondemnation 'quanti ea res erit' schon sehr frühzeitig der Ausdruck 'res' nicht auf die körperliche Sache bezogen wird, um die es sich handelt, sondern auf die immaterielle res de qua agitur[1]), so könnte dieser Beweis sehr leicht an der actio ad exh. geführt werden. Denn bei dieser Klage ist Grundlage für die Abschätzung des quanti res erit das designirte iudicium directum, nach dessen verschiedener Tragweite sich das klägerische Interesse an der Exhibitionshandlung ganz verschieden bestimmt[2]). Häufig ist nicht einmal der Gegenstand der Exhibition identisch mit dem der Hauptklage; so wenn Behufs der optio auf Vorweisung mehrerer Sachen, Behufs einer Noxalklage Vorführung einer ganzen Sclavenschaft gefordert wird. Hier ist doch eine Auffassung des quanti res erit im Sinne des Sachwerthes des Exhibitionsobjects gar niemals möglich gewesen.

Inhalt des quanti res erit ist immer dasjenige Interesse, welches Kläger daran hat, dass ihm nicht exhibirt worden ist. Der Causalzusammenhang zwischen dem non exhibuisse und dem daraus für den Kläger erwachsenen Nachtheile wird vermittelt durch folgende drei Glieder:

1) Weil nicht exhibirt wurde, ist das iud. directum vereitelt.

2) Im iud. dir. würde Kläger gesiegt haben.

3) In Folge dieses Sieges würde Kläger Naturalrestitu-

---

[1]) Savigny, Syst. V Beilage XII. Mommsen, Interesse S. 46 ff. Cohnfeld, Interesse S. 66 ff.

[2]) S. oben S. 29 f.

tion, bezw. das quanti ea res erit mit so und so viel erlangt haben.

Das Alles muss dem Richter feststehn, damit er condemniren kann. Was nun den Satz 1) anlangt, so setzt dieser Punct keine weiteren Erörterungen voraus. So gewiss nicht, wenn ad separandum oder Behufs Ausübung eines Wahlrechts geklagt wird. Ebenso wenn wegen Untergang der Sache oder der actio directa nach eingetretener mora exhibendi zu condemniren ist. Aber auch wo an sich die Hauptklage trotz Nichtexhibition als möglich zu denken wäre, so in Fällen, wo sich Impetrant etwa nur seinen Beweis erleichtern wollte, oder im Falle des dolo desiisse possidere, — würde die Sache nicht anders liegen. Denn der contumacia oder dem dolus des Beklagten gegenüber — eins von beidem liegt solchenfalls immer vor — kann auf jene Möglichkeit keine Rücksicht genommen werden. Besteht einmal der Satz, dass im Interesse des iud. directum Exhibition verlangt werden kann, so kann sich, wer durch Ungehorsam oder dolus dieselbe hintertreibt, nicht beklagen, wenn darin eine Vereitelung der Hauptklage gefunden und ihm die Verantwortlichkeit dafür auferlegt wird.

Es bleiben sonach nur die Sätze 2) und 3) als Gegenstände einer der Condemnation vorausgehenden richterlichen Untersuchung.

Die Frage, ob das vereitelte iud. dir. zu Gunsten des Exhibitionsklägers ausgefallen sein würde, bleibt in manchen und wichtigen Anwendungsfällen unseres Rechtsmittels ebenfalls ausser Erörterung. Dann nämlich, wenn das der Hauptklage zu Grunde liegende Recht gar nicht bestritten ist, oder wenn anfänglicher Widerspruch durch das summatim cognoscere als beseitigt gelten muss. Wo aber solche für den Kläger günstige Sachlage nicht vorhanden ist, vielmehr sein Eigenthum u. s. w. verneint wird, oder Einreden gegen den Restitutionsanspruch in's Feld geführt werden, da kann der Richter nicht condemniren, ohne sich über die Stichhaltigkeit der directa actio Ueberzeugung zu verschaffen. Dass er

letztere nicht immer schon durch das seinem Exhibitionsbefehl vorausgehende summatim cognoscere erlangt hat, braucht nach der über diesen processualischen Act geführten Untersuchung nicht weiter ausgeführt zu werden.

Ist es nun aber richtig, dass die condemnatio „nicht anders als auf vollständigen Beweis ausgesprochen wird“[1]), so scheint hiernach der Exhibitionsprocess, falls es zur condemnatio kommen soll, auf einen vollständigen Eigenthumsstreit, bezw. ein anderes iud. dir. mit Beweis des Klaggrundes, der Einreden u. s. w. hinauszulaufen[2]). Das wäre aber doch gewiss in mehr als einer Beziehung befremdlich. Kläger müsste dann ohne geschehene Exhibition dasselbe behaupten und beweisen, was behaupten und beweisen zu können ihm in vielen Fällen eben die Exhibition ermöglichen, bezw. erleichtern sollte; kurz Vereitelung oder Verweigerung der Exhibition brächte den Kläger einfach um die Vortheile derselben. So lange es keine Realexecution gab, wäre somit die actio ad exh. nur eine Speculation auf Rechtschaffenheit und gutwilligen Gehorsam des Beklagten gewesen.

Allein so steht die Sache nicht, indem bisher ohne das dem Kläger zustehende iusiurandum in litem gerechnet worden ist.

§. 43.

Iusiurandum in litem.

Zwar wenn das iusiurandum lediglich aufzufassen wäre als blosser Schätzungseid in dem Sinne, dass nur die Höhe des durch Unterbleiben der Exhibition erwachsenen Schadens durch dasselbe bemessen, nicht aber zugleich die Existenz des Schadens constatirt werden solle — dann könnte die Zuständigkeit dieses Beweismittels dem Exhibitionskläger keineswegs über den anderweitigen Beweis der Begründung seines iud. directum hinweghelfen.

---

[1]) Savigny, Zeitschr. f. gesch. Rwsch. VI S. 236. Koch, Recht der Forderg. nach gem. u. preuss. Recht §. 225 I.

[2]) Der uindicaturus der Formel würde dann zum wirklichen gegenwärtigen Vindicanten.

Indessen ist schon längst erkannt, dass von der Frage der Grösse des Schadens die Frage nach der Existenz eines solchen überhaupt gar nicht getrennt werden kann [1]). Und insonderheit ist jetzt trefflich nachgewiesen worden [2]), wie unter Umständen kraft des ihm zustehenden iusiurandum in litem Jemand ermächtigt sein kann, über den Ausgang eines Processes, welcher wegen vereitelter Restitution oder Exhibition einer Urkunde verloren sein soll, bezw. nicht hat angestellt werden können, selbst ein entscheidendes Urtheil abzugeben.

Der Beweis für die behauptete Tragweite des iusiurandum im Allgemeinen ist leicht zu führen. Dieselbe folgt

1) schon daraus, dass ganz unmittelbar geschworen wird über 'quanti ea res est' [3]), so dass der sämmtliche vermittelnde Thatbestand ohne irgend eine Ausscheidung auf das Gewissen des Schwörenden gestellt erscheint.

2) Ganz ausdrücklich geht aus l. 3 de in lit. iur. Ulp.:

> Nummis depositis iudicem non oportet in litem iusiurandum deferre, ut iuret quisque quod sua interfuit, cum certa sit nummorum aestimatio. nisi forte de eo quis iuret, quod sua interfuit nummos sibi sua die redditos esse: quid enim, si sub poena pecuniam debuit? aut sub pignore, quod, quia deposita ei pecunia adnegata est, distractum est?

hervor, dass die Existenz der das Interesse vermittelnden Thatsachen, der gesammte Causalzusammenhang zwischen der rechtswidrigen Handlungsweise des Ersatzpflichtigen und der Vermögensminderung des Ersatzfordernden dem Eide anheimfallen kann.

---

[1]) Puchta, Pand. §. 226 a. E.

[2]) Briegleb S. 109 f. der vermischten Abhandlungen.

[3]) Oder, was gleichbedeutend ist, über 'quanti sua interest' l. 10. 3 de in lit. iur. Wenn in l. 8 eod. (vgl. l. 64 pr. de iudic.) der Gegensatz gemacht wird: utrum quanti res est, an quanti in litem iuratum fuerit, condemnari debet — so bezieht sich derselbe nur darauf, ob der Anschlag durch Schätzung des Richters oder durch Selbstschätzung des Klägers geschieht. Vgl. l. 2 eod. Mommsen, Interesse S. 20.

3) Wo wegen nicht restituirter oder exhibirter Urkunden iusiurandum in litem zuerkannt wird, da muss sich nothwendiger Weise der Eid darauf beziehn, dass der Schwörende vermöge der Beweiskraft der Urkunde einen Anspruch hätte durchsetzen, bezw. abwehren können, also auf den Einfluss der Urkunde auf die Entscheidung eines geführten, bezw. die Verhinderung eines mit Erfolg durchzuführenden Processes [1]). Nun ist aber gerade der Urkundeneditionsstreit eine „Hauptprovinz des iusiurandum in litem“ [2]).

Es ist aber, um wieder auf die actio ad exh. zu kommen, die Zuständigkeit des iusiurandum, falls nach dem iussus ad exhibendum nicht Realleistung erfolgt, bei Weitem die Regel. Eine Ausnahme findet nur Statt, wenn nach eingetretener mora exhibendi die Sache ohne dolus oder culpa lata des Pflichtigen untergegangen ist, oder Kläger intentionem (actionis directae) perdidit und es deshalb zur Condemnation kommt. Solchenfalls muss allerdings vom Kläger der vollständige Beweis verlangt werden, dass er in dem vereitelten iudicium directum Restitution hätte erzwingen können. Es muss also bezüglich derjenigen das klägerische Recht

---

[1]) Wo Vorweisung von Urkunden mit actio ad exh. verlangt wird, bezieht sich der Eid sogar möglicherweise auf zwei Processe, nämlich 1) auf den Sieg im iud. dir. und 2) auf den Sieg in demjenigen Processe, in welchem die Urkunde als Beweismittel dienen sollte.

[2]) Briegleb S. 112. Ausser den von diesem Schriftsteller angeführten Stellen kann man auf den ganzen Codextitel de in lit. iur. verweisen. Der ganze Titel handelt nämlich von nichtedirten Vormundschaftspapieren und ist im Codex in die Lehre von der actio tutelae eingefügt. Dass alle Stellen des Titels nicht eine actio ad exh., sondern eine actio tutelae im Auge haben, wurde schon früher bemerkt. Ueberhaupt müssen wir Briegleb's ganzer Ausführung über die Unrichtigkeit der angeblichen Regel, dass der Verlust einer Beweisurkunde, welchen der Beweisführer durch dolus seines Processgegners erlitten hat, die Fiction der Wahrheit des vom Beweisführer angegebenen Inhalts der Urkunde nach sich ziehe — vom Standpuncte unserer Untersuchung beitreten. Jene angebliche Regel würde für die Fälle, wo es sich um dolo oder contumacia vereitelte Exhibition einer Urkunde handelt, eine ganz bedeutende, unnachweisbare Modification der sonst für die actio ad exh. geltenden Sätze enthalten.

betreffenden Puncte, welche beim summatim cognoscere ausgeschieden sind, nunmehr Behufs der Condemnation ein ganz vollständiger Beweis durch die regelmässigen Beweismittel verlangt werden.

Keiner Erörterung bedarf an dieser Stelle die dritte Frage, welche der Richter Behufs auszusprechender Condemnation zu beantworten hat, da die Entscheidung darüber, was Kläger im Falle des Sieges mit der directa actio erlangt haben würde, nicht aus der Theorie der actio ad exh. zu entnehmen ist, sondern aus den Sätzen, welche für das in concreto vorliegende iudicium directum gelten. Die Bestimmung über Restitution des partus ancillae[1]), der übrigen utilitates amissae[2]), der hereditas amissa[3]), folgen ganz aus der Theorie des restituere cum omni causa im Vindicationsprocesse. Bei dem Ausspruche von Neratius in §. 8 cit., dass die utilitas actoris auch weniger betragen kann, als der Werth der Sache, um welche processirt wird, ist an solche iudicia directa zu denken, welche auf Durchführung eines ius in re aliena, etwa eines Pfandrechts oder ususfructus gerichtet sind[4]).

Neuntes Capitel.

Einreden gegen die actio ad exh.

§. 44.

Exceptio rei iudicatae.

Wenn von Einreden gegen die actio ad exh. zu reden ist, so kann man dabei an Zweierlei denken. Einmal an solche Einreden, welche gegen das futurum iudicium gerichtet

---

[1]) l. 9 §. 7 ad exh.

[2]) §. 8 eod.

[3]) l. 11 pr. eod.

[4]) Mommsen, Interesse S. 17, benutzt gerade diese Stelle nicht als Beispiel zu der Erklärung, wie es kommen kann, dass das quanti res est geringer ist, als der Sachwerth.

werden könnten und insofern auch dem auf letzteres gegründeten Exhibitionsverlangen entgegengehalten werden. Von solchen Einreden, deren Erörterung in das summatim cognoscere hineinfällt, wurde seinerzeit schon gehandelt. Zweitens können aber auch Einreden sich ganz unmittelbar auf die Exhibitionspflicht beziehn dergestalt, dass bei dem Kläger günstigem Erfolge des summatim cognoscere, der Richter seinen iussus ad exh. bei begründeter Exceptio zu versagen hat, oder auch das summatim cognoscere in Folge begründeter Einrede ganz unterbleibt. Abgesehn von Einreden, welche sich auf Constituirung des iudicium, Competenz u. s. w. beziehn, werden freilich die Exceptionen, welche unter die zweite Kategorie fallen, weder zahlreich noch von häufiger Anwendung sein. Es lässt sich kaum ån andere Einreden hierbei denken, als an solche, welche entspringen aus schon geschehener Erledigung des Exhibitionsanspruchs durch res iudicata oder etwa iusiurandum[1]).

So kommt denn auch in den Quellen nur eine exceptio rei iudicatae in dieser Function vor. Zunächst in l. 12 §. 2 h. t.[2]). Unzweifelhaft ist sogleich, dass in dieser Stelle Paulus nicht handelt von einer exceptio aus einem verflossenen Vindicationsprocesse[3]), wie Ulpian in l. 3 §. 13 h. t., sondern von zwei aufeinander folgenden actiones ad exh. bezüglich einer und derselben Sache. Wann ist nun in solchem Falle eadem causa?

Zwei Momente sind für die Sachidentität von Entscheidung, das iud. dir. mit dem ihm zu Grunde liegenden Rechte einerseits, die exhibendi facultas andrerseits. Wo zunächst die Hauptklage verschieden ist, da ist auch immer alia res.

---

[1]) Einert, welcher die am Schlusse von l. 3 §. 15 ad exh. genannten Einreden fälschlich im Sinne der Kategorie 2 versteht, macht höchst gezwungene Versuche den Fall einer exceptio pacti und doli dieses Sinnes aufzutreiben p. 141 f.

[2]) Abgedruckt oben S. 147.

[3]) In diesem Sinne scheint unsere Stelle zu verstehn Sintenis, CR. I §. 34 S. 348 Anm. 62 (2. Aufl.).

Das setzt Paulus stillschweigend voraus. Wo aber bei zwei actiones ad exh. die futura actio identisch ist, da müssen die bezüglich eben dieser actio geltenden Grundsätze der Sachidentität zur Anwendung gelangen. So kommt, wo das futurum iudicium eine uindicatio, der Satz zur Geltung, dass für die Consumption dinglicher Klagen schon die Identität der intentio genügt[1]). Aber auch die Modification der Regel tritt in ihr Recht, dass die exc. rei iud. dann nicht zusteht, wenn der im zweiten Processe angeführte Erwerbsgrund erst nach der Litiscontestation des ersten Processes eingetreten ist[2]). Die bekannte Distinction des canonischen Rechts zwischen expressa und non expressa causa[3]) musste zwar auch auf unsere Klage Anwendung finden, ist aber heut zu Tage auch für die actio ad exh. abgeschnitten, da, wer die Nothwendigkeit, den speciellen Erwerbsgrund in der Klage anzugeben, für die uindicatio annimmt[4]), keinen Grund hat, für die actio ad exh. von jener Angabe abzusehn. Auf das summatim cognoscere bei letzterem Rechtsmittel könnte eine verschiedene Behandlung in obiger Beziehung keineswegs gestützt werden, da die Bedeutung dieser Verhandlungsart, wie früher nachgewiesen wurde, nur in der Ausscheidung gewissen Vertheidigungsmaterials im Falle nicht sofortiger Evidenz besteht, diese Ausscheidung aber mit den Gründen nichts zu schaffen hat, welche für die Annahme der Nothwendigkeit der Angabe eines speciellen Erwerbsgrundes sprechen.

Als zweites Beispiel einer noua causa erscheint in l. 12 §. 2 ein iterum furtum factum. Es ist schon früher[5]) ausgeführt, dass hierbei zu denken ist an eine Klage auf Exhibition eines seruus noxius. Natürlich erzeugt neue noxa neue noxalis actio und neue actio ad exh. Das dritte Beispiel, die

---

[1]) l. 14 §. 2. l. 11 §. 1. 2. 5. l. 30 pr. de exc. rei iud. u. a. St. Vgl. Windscheid, Pand. §. 130 S. 347 (2. Aufl.).

[2]) l. 11 §. 4. 5. l. 25 pr. de exc. rei iud. l. 10 de exc. u. a. St.

[3]) Windscheid §. 128 a. E. §. 130 S. 348.

[4]) S. Windscheid a. a. O. und die Processlehrbücher.

[5]) S. 147 f.

durch ein zweites Testament gegebene optio, fällt mit dem ersten Beispiele zusammen, da der optaturus als uindicaturus ad exh. klagt.

Als zweites entscheidendes Element für die Sachidentität kommt in Betracht die exh. facultas des Beklagten. Neu erlangter Besitz des Bekl. macht eine actio ad exh. bezüglich derselben Sache zur alia res. Das sprechen zwei Stellen direct aus[1]). Auch in dieser Beziehung steht unser Rechtsmittel der uindicatio ganz gleich, wie denn auch als maassgebender Zeitpunct hierbei nicht der Moment der LC. sondern der des Urtheils erscheint, da der Besitz in diesem letzteren Momente für die Condemnationsfrage entscheidend ist[2]).

Obwohl an diese Stelle nur die Frage gehört, inwiefern res iudicata aus einer actio ad exh. einer zweiten actio ad exh. entgegensteht, so möge doch zugleich erlaubt sein, hier der andern Frage Erwähnung zu thun, ob exc. rei iud. aus einem Exhibitionsprocesse gegen das nachfolgende iudicium directum erwächst.

Unzweifelhaft ist dies zunächst zu verneinen in dem Falle, wo es zur Exhibition wirklich kommt, sonst würde ja das directum durch die Exhibition statt angebahnt, unmöglich gemacht. Dass Behufs des iussus ad exh. bereits über die Begründung der Hauptklage erkannt worden ist, kann kein Bedenken erregen[3]). Denn, von der formellen Seite genommen, ist nicht über ein rem A^{i}. A^{i}. esse u. s. w. erkannt, sondern nur darüber, ob Kläger sich als uindicaturus u. s. w. füglich designiren kann, wie denn auch eine pronuntiatio gar nicht erfolgt ist. Materiell genommen ist bei dem summatim cognoscere möglicherweise entscheidendes Negations- und Exceptionsmaterial von der Untersuchung ausgeschlossen worden.

Wie aber, wenn wegen unterbliebener Naturalexhibition Verurtheilung in die litis aestimatio, oder etwa wegen vom

[1]) l. 18 de exc. rei iud. l. 8 pr. rem rat. hab. Vgl. **Krüger**, proc. Consumption S. 148.

[2]) l. 7 §. 4 ad exh.

[3]) Arg. l. 5 §. 9 de agnosc. lib. l. 15 §. 4 de re iud.

Kläger verweigerten iusiurandum in litem Absolution erfolgt ist? Steht dann nicht einer später erhobenen uindicatio u. s. w. exceptio rei iud. entgegen? Auch diese Frage wird zu verneinen sein. Denn obwohl allerdings, wie oben ausgeführt, in der Entscheidung über das quanti ea res erit der actio ad exh. zugleich ein Ausspruch über das quanti ea res erit des iud. dir. enthalten ist, so kann doch in dem Selbsturtheile, welches Kläger durch Abschwörung des iusi. in litem fällt, einem Selbsturtheile, welches der contumacia oder dem dolus des Klägers gegenüber den Character eines pönalen Executionsmittels trägt, eine Entscheidung der im iud. dir. enthaltenen quaestio, wie sie zur Rechtskraft vorausgesetzt wird, wohl nicht gefunden werden. Eine Quellenentscheidung dieser Frage giebt es nicht. Hat der condemnirte Beklagte die litis aestimatio wirklich geleistet, so steht ihm natürlich gegen das iud. dir. nach den Regeln der sog. Klagenconcurrenz exceptio doli zu, wie dies für den mit interdictum de tabulis exhibendis besiegten heres, gegen welchen Legatar das Vermächtniss einklagt, besonders ausgesprochen ist in l. 3 §. 15 de tab. exh. [1]).

Zehntes Capitel.

Die übrigen Rechtsmittel ad exhibendum.

§. 45.

Allgemeines.

Wenn wir ausser der actio ad exh. noch eine Reihe anderer auf Exhibition gerichteter Rechtsmittel vorfinden, so liegt die Frage nahe, in welchem Verhältnisse dieselben zu ersterer Klage stehn. Dieses Verhältniss könnte als ein mehrfaches gedacht werden, nämlich:

---

[1]) Ob nicht auch schon die Thatsache der Verurtheilung der zweiten Klage gegenüber die exc. doli giebt, darüber siehe Krüger, process. Consumption S. 101.

1) Die genannten Rechtsmittel könnten erscheinen als Einzelanwendungen des der Hauptklage zu Grunde liegenden Princips, vielleicht in der Weise, dass die Anerkennung einer Exhibitionspflicht zuerst nur an gewissen durch das practische Bedürfniss bezeichneten Puncten hervorgetreten und erst in der Folge in der actio ad exh. zur allgemeinen Durchführung gelangt wäre[1]).

2) Es erscheint aber auch als denkbar, dass in den neben der actio ad exh. bestehenden exhibitorischen Rechtsmitteln Ausdehnungen des der ersteren zu Grunde liegenden Princips über seine ursprüngliche in der actio gesteckte Tragweite hinaus vorliegen, — Ausdehnungen der Exhibitionspflicht auf Verhältnisse, unter denen die actio ihrer Construction nach unanwendbar ist, und welche doch andrerseits als ein Exhibitionsverlangen rechtfertigend anerkannt werden sollen.

Der unter 2) ausgesprochenen Auffassung ist nun zuvörderst im Allgemeinen schon günstig der Umstand, dass die actio ad exh. eine Civilklage ist, die übrigen exhibitorischen Klagen hingegen sämmtlich prätorische Rechtsmittel sind, nämlich der Mehrzahl nach Interdicte, die übrigen zwei actiones in factum conceptae. Es ist bekannt, dass beide prätorische Klagformen, Interdicte und actiones in factum conceptae, häufig genug die Function haben, das Civilrecht, wie es in Gestaltung seiner actiones sich niedergeschlagen hat, zu suppliren und zu corrigiren[2]).

Natürlich kann aber der Beweis, dass das beregte Entwicklungsverhältniss wirklich vorliegt, nur geführt werden durch Erkenntniss der Functionen und der Tragweite der einzelnen Rechtsmittel. Zwei Gesichtspuncte sind es namentlich, welche bei Behandlung der hierher gehörigen iudicia in Betracht kommen müssen. Einmal fragt es sich, ob das exhibere, auf welches das betreffende iudicium geht, dem exhibere der actio ad exh. gleich ist. Denn nur wenn dem so

---

[1]) S. über Beispiele solchen Entwicklungsganges Jhering, G. d. r. Rs. II S. 317 ff.

[2]) S. insbesondere Schmidt, Interdictenverf. S. 299 ff.

ist, besteht für alle exhibitorischen Rechtsmittel ein gemeinsamer Grund und Boden, und kann von einer Ergänzung des in der actio ad exh. verkörperten Exhibitionsrechts durch die prätorischen Klagen die Rede sein. Zweitens wäre dann vor Allem festzustellen, worauf in den einzelnen Verhältnissen die Insufficienz der Civilklage beruhte, und wie derselben durch das prätorische Supplement abgeholfen ist. Dass wir schliesslich nach Durchführung unserer Untersuchung im angegebenen Sinne zugleich auch ein vollständiges und correctes Bild des gesammten Exhibitionsrechts erhalten werden, ist mit Fug zu erhoffen.

§. 46.

Die actio furti non exhibiti.

Bekanntlich giebt über diese Klage nur eine einzige[1]) Stelle Auskunft, nämlich §. 4 Inst. de obl. quae ex del.:

> Praeterea poena constituitur edicto praetoris per actionem furti non exhibiti aduersus eum, qui furtiuam rem apud se quaesitam et inuentam non exhibuit. sed hae actiones — in desuetudinem abierunt.

Dass hier an eine in factum concipirte Poenalklage zu denken ist, steht ausser Zweifel, wie denn auch gegen Rudorff's[2]) Construction der Formel:

> Iudex esto. Si paret pateram auream furtiuam, qua de agitur, in aedibus N^i. N^i. testibus praesentibus quaesitam et inuentam neque a N^o. N^o. exhibitam esse, quanti ea res erit, tantae pecuniae iudex N^m. N^m. A^o. A^o. (quadrupli?) condemna s. n. p. a.

schwerlich etwas Wesentliches einzuwenden ist. Die Höhe der Strafsumme interessirt uns nicht weiter.

Ist nun aber das exhibere, zu dessen Vornahme durch die drohende Poenalklage indirect gezwungen werden soll,

---

[1]) Bei der Diebstahlsaffaire im Poenulus des Plautus an eine actio furti non exh. zu denken, wie Heineccius antiquitt. IV. 2. 24 will, ist unzulässig. S. Zeitschr. f. Rgesch. I S. 367 ff.

[2]) Ed. perp. §. 136 c. p. 135 sq.

ein exhibere im Sinne der Civilklage, oder nicht vielmehr ein restituere, etwa nur deshalb hier als exhibere bezeichnet, weil es sich um sofortiges Mitnehmenlassen der aufgefundenen Sache handelt? Das letztere scheint Theophilus in seiner Institutionenparaphrase[1]) sich vorzustellen, wenn er das exhibere der Poenalklage folgendermaassen umschreibt:

> *Ἐφεῦρε πρὸς ταύταις καὶ ὁ πραίτωρ τὴν* furti non exhibiti, *ἁρμόζουσαν κατ' ἐκεῖνον, ὅστις τὸ ζητηθὲν καὶ εὑρεθὲν παρ' αὐτῷ κλοπιμαῖον πρᾶγμα οὐ συνεχώρησεν ὑπὸ τοῦ εὑρόντος ληφθῆναι.*

Indessen wird doch nicht zu verkennen sein, dass für beide Rechtsmittel, das civile und das prätorische, es sich um ein und denselben technischen Begriff von exhibere handelt.

Der Bestohlene hegt Verdacht, dass die entwendete Sache sich bei N^s. befinde; ob er den letzteren für den Dieb hält, oder für den Hehler, oder vielleicht auch für einen redlichen Erwerber, ist gleichgültig. Auf geschehene Anfrage läugnet N^s. den Besitz des genügend beschriebenen Gegenstandes. Es kommt zur Haussuchung und die Sache wird gefunden. Die actio furti concepti trifft ihn, auch wenn er nicht der Dieb ist, und zwar mit Recht; denn er hätte, statt den Besitz zu läugnen und somit den Bestohlenen jedenfalls in der Verfolgung des Diebstahls zu hindern[2]), vielmehr, wenn er seiner Sache traute, sich durch Berufung auf sein eigenes Recht im Besitze vertheidigen sollen. Trotz alledem wäre es aber viel zu weit gegangen, sofort eine Verpflichtung zur Herausgabe, Restitution des aufgefundenen Gegenstandes zu statui-

---

[1]) Ad §. 4 Inst. cit. Auch Schrader ad Inst. l. c. bemerkt wohl von einem ähnlichen Gesichtspuncte aus: 'actio ad exhibendum cum hac nostra (furti non exh.) parum cognata est.'

[2]) Die Herbeiziehung der interrogatio in iure, des Satzes, dass, sobald die läugnende Antwort des interrogatus sich als unwahr erwies, die Statthaftigkeit der Klage von Seiten des fraglichen Verhältnisses im weitesten Sinne gegen ihn angenommen wurde — Muther, Sequestration S. 172 — scheint mir nicht zulässig und auch gar nicht nothwendig zur Erklärung der actio furti concepti.

ren. Es giebt ja, wovon schon früher geredet wurde [1]), Fälle, wo der Bestohlene nicht einmal gegen den Dieb selbst ein Recht auf Herausgabe der Sache hat, sondern auf die Einklagung der Strafsumme mit actio furti manifesti, bezw. nec manifesti, beschränkt ist. Noch weniger existirt ein Recht auf Herausgabe ohne Weiteres gegen den dritten Besitzer, bei dem die Sache gefunden wird, und gegen welchen der Bestohlene häufig genug einen dinglichen Anspruch auf Restitution we ler haben, noch geltend zu machen geneigt sein wird.

Aber exhibirt soll eine bei der Haussuchung gefundene Sache unter allen Umständen werden. Auch der Bestohlene, der kein Recht auf Herausgabe gegen den Besitzer hat, soll Gelegenheit erhalten, durch eigene Anschauung der Sache, Constatirung ihrer Identität, dem Diebstahle auf die Spur zu kommen, den Beweis gegen den Dieb führen zu können. Man denke nur an entwendete Sklaven, aus deren eigenem Munde Auskunft über das geschehene furtum zu erhalten ist. Und zwar soll das Recht des Bestohlenen auf Exhibition gegen den Besitzer, der es hat zur Haussuchung kommen lassen, ein ganz unbedingtes sein, nicht abhängen von einem zukünftigen Rechte auf Herausgabe, einem zu designirenden iudicium directum, einem summatim cognoscere. Es wäre gegen alle Billigkeit, gegenüber dem Besitzer der gestohlenen Sache, welcher sich durch seine Abläugnung des Besitzes der Betheiligung am furtum oder wenigstens der Begünstigung des Diebes verdächtig gemacht hat, das Exhibitionsverlangen des Bestohlenen an die Voraussetzungen der actio ad exh. zu knüpfen.

Obwohl nach dem Gesagten das exhibere unserer prätorischen Klage nichts anderes ist, als facere in publico potestatem, ut ei qui agat experiundi sit copia — so wird doch nun allerdings häufig genug der zur Exhibition Verpflichtete sich bewogen gefunden haben, die Sache ohne Weiteres dem

---

[1]) S. 156 f.

Bestohlenen zu überlassen, sie ihm mitnehmen zu lassen. So überall, wo an dem Rechte des Finders auf Restitution der aufgefundenen Sache gar kein Zweifel sein kann. Wenn hier Dieb oder Hehler im Gefühle seiner Schuld, oder auch ein unschuldiger Besitzer in der Ueberzeugung vom Rechte des Bestohlenen, demselben ohne Weiteres die Sache verabfolgte, so wendete er damit natürlich die actio furti non exhibiti von sich ab. Es ist gerade wie bei der actio ad exh. Auch diese führt häufig zum Resultate der Restitution, obwohl sie eigentlich nur auf facere in publico potestatem gerichtet ist[1]).

Ist nun somit das 'non exhibitam esse' der Strafklage begrifflich identisch mit dem 'si non exhibeat' der Civilklage, so enthält die gemachte Auseinandersetzung zugleich auch die Ursache, aus welcher die Ergänzung der civilrechtlichen Exhibitionspflicht durch das prätorische Rechtsmittel sich nöthig machte. Diese Ursache besteht darin, dass von der Voraussetzung der actio ad exhibendum auf Seiten des Klägers (iudicium directum) im Falle begründeter actio furti non exhibiti abgesehn werden soll. Voraussetzung der letzteren soll lediglich die erfolgreiche Haussuchung sein. Natürlich kommt das prätorische Rechtsmittel auch demjenigen zu Gute, für welchen auch actio ad exh. nicht versagt hätte. Er kann jedenfalls den Beweis für das summatim cognoscere letzterer Klage durch Anstellung der ersteren ersparen. Zudem ist die drohende poena ein noch kräftigeres Mittel Naturalexhibition zu erzwingen, als die condemnatio der Civilklage.

Wenn Jemand etwa behaupten wollte, es sei dieser stärkere Druck auf den Exhibitionspflichtigen mit gewesen, welcher die Einführung der Poenalklage hätte zweckmässig erscheinen lassen, so können wir das auf sich beruhen lassen. Es kommt nur darauf an, gezeigt zu haben, dass die actio furti non exhibiti als eine ergänzende Modificirung, eine

---

[1]) Siehe oben S. 59. 78.

weitere Ausdehnung des in der actio ad exh. verkörperten Exhibitionsrechtes erscheint[1]).

§. 47.

Das interdictum de tabulis exhibendis.

Dass das mit Interdict zu erzwingende exhibere von tabulae nichts Anderes ist, als das exhibere der actio ad exh., bedarf keiner weiteren Ausführung. Man braucht nur zusammenzustellen die Legaldefinition in l. 2 ad exh.:

> Exhibere est facere in publico potestatem, ut ei, qui agat, experiundi sit copia —

mit derjenigen in l. 3 §. 8. 9. de tab. exh.:

> Exhibere hoc est materiae ipsius adprehendendae copiam facere. Exhibere autem apud praetorem oportet —.

Ferner geht, wie gleich weiter erhellen wird, unter Umständen sowohl actio als interdictum auf Exhibition von tabulae, und da wird kaum Jemand zweifeln, dass das mit actio zu Erzwingende nichts Anderes ist, als das mit Intedict zu Erreichende.

Auch auf die weitere Frage, warum neben der civilen actio die Aufstellung des prätorischen Rechtsmittels sich nöthig gemacht hat, liegt die Antwort nicht fern[2]).

Von denen, welche Gewissheit oder Hoffnung haben, in einem Testamente bedacht zu sein, also an der Vorweisung desselben ein Interesse haben, steht nur demjenigen, welcher Erbe zu sein behauptet, actio ad exh. zu; denn nur ein Solcher hat in seiner uindicatio, bezw. hereditatis petitio, ein zur Begründung der actio taugliches iudicium directum[3]).

---

[1]) Eine Hypothese über den Sinn der act. furti non exh. findet sich bei Kuntze, Excurse S. 503. Sie scheitert unseres Erachtens daran, dass nach §. 4 Inst. unsere Klage jedenfalls geschehene Haussuchung und Auffindung voraussetzt.

[2]) Sie ist im Allgemeinen schon gegeben von Schmidt, Interd. S. 299. S. auch oben §. 19 S. 90.

[3]) l. 3 test. quemadm.: Ipsi tamen heredi uindicatio tabularum, sicut ceterarum hereditariarum rerum competit, et ob id ad exhibendum quoque agere potest. l. 3 §. 8 ad exh. abgedruckt S. 90. In l. 3

Dem gegenüber musste sich eine Erwägung geltend machen, welcher Ulpian treffende Worte giebt in l. 2 pr. testam. quemadm:

> Tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis, id est heredis, sed uniuersorum, quibus quid illic adscriptum est: quin potius publicum est instrumentum [1]).

Auf Grund solcher Erwägung giebt der Prätor das Recht auf Exhibition der tabulae zu dringen — natürlich nur nach dem Tode des Errichters —, ohne irgend Behauptung eines auf Herausgabe der Urkunden gehenden Rechtsanspruchs zu verlangen. Kein Wort der Edictsstelle l. 1 pr. h. t. Ulp.:

> Praetor ait: Quas tabulas Lucius Titius ad causam testamenti sui pertinentes reliquisse dicetur, si hae penes te sunt aut dolo malo tuo factum est, ut desinerent esse, ita eas illi exhibeas. item si libellus aliudue quid relictum esse dicitur, decreto comprehendam —

deutet im Mindesten auf eine vom Kläger zu fordernde Activlegitimation. Damit stimmt ganz überein l. 1 pr. test. quemadm. Gai.:

> Omnibus, quicumque desiderant tabulas testamenti inspicere uel etiam describere, inspiciendi describendique potestatem facturum se praetor pollicetur: quod uel suo vel alieno nomine desideranti tribuere eum manifestum est. §. 1. Ratio autem huius edicti manifesta est: neque enim sine iudice transigi neque apud iudicem exquiri ueritas de his controuersiis, quae ex testamento proficiscerentur, aliter potest quam inspectis cognitisque uerbis testamenti.

---

§. 5 de tab. exh.: Si ipse testator dum uiuit, tabulas suas esse dicat et exhiberi desideret, interdictum hoc locum non habebit, sed ad exhibendum erit agendum, ut exhibitas uindicet. quod in omnibus, qui corpora sua esse dicunt instrumentorum, probandum est — bezieht sich die Gleichstellung im Schlusssatze nur auf die Competenz der actio, keineswegs auch auf die Nichtcompetenz des Interdicts. Der Erbe hat sowohl actio, als Interdict.

[1]) Cf. l. 5 eod.: publice enim expedit suprema hominum iudicia exitum habere. Daher kann auch schon wegen blosser Verheimlichung der tabulae die poena legis Corneliae de falsis eintreten. Paul. IIII, 7, 3. 4. 5. l. 2 de leg. Corn. de fals.

Kann das aber nicht sehr leicht zu grundloser Belästigung des Urkundeninhabers führen? Sowohl letztere Erwägung, als einige Quellenstellen, nämlich l. 3 §. 10 h. t. Ulp.:

> Solent autem exhiberi tabulas desiderare omnes omnino, qui quid in testamento adscriptum habent —

ferner c. un. de tab. exh. Valer. et Galien.:

> Si in potestate patris fuerunt impuberes filii, et uos eis estis substituti, atque ita ad uos, intra pubertatem illis decedentibus, coepit hereditas pertinere, de exhibendis testamenti tabulis interdicto uti potestis —

führen darauf, als Voraussetzung unseres Anspruchs ein rechtliches Interesse des Desideranten an der Exhibition anzunehmen [1]), nämlich seine Eigenschaft als Erbschaftsinteressent (Erbe, Substitut, Vermächtnissnehmer). Es scheint dann auch ganz consequent, ein „Wahrscheinlichmachen", „Bewahrheiten" jenes Interesses durch den Kläger zu verlangen. Auf welche Weise der geforderte Nachweis aber geschehn soll, darüber gehn die Ansichten wieder auseinander. Während Puchta und Arndts an eine Art summarische Cognition (Wahrscheinlichmachen), nöthigenfalls Bewahrheitung durch Calumnieneid denken, muss nach Sintenis „das Interesse auf irgend eine Weise wirklich erwiesen sein", und ein Calumnieneid soll daneben nur „aus besonderen Veranlassungsgründen (z. B. öfters wiederholter Antrag auf Exhibition)" möglich sein. Mühlenbruch verlangt „bei noch zweifelhaftem Interesse" Calumnieneid.

Um in dieser Frage klar zu sehn, wird es nöthig sein, den Processgang beim interd. de tab. exh. zu verfolgen. Ausser Zweifel erscheint zunächst, dass sowohl nach den Edictsworten, als nach der Umschreibung des Gaius in l. 1 test. quemadm. der Auswirkung des Interdicts eine Untersuchung über das klägerische Interesse nicht vorausgeht [2]).

---

[1]) Puchta, Pand. §. 348. Arndts, Pand. §. 346 Anm. 4. Mühlenbruch in Glück's Comment. XLIII S. 381. 389. Sintenis, Civilr. III §. 181 Anm. 12.

[2]) Damit ganz vereinbar ist, dass Desiderant irgend ein Interesse

Auch das iusiurandum calumniae, welches ein Rescript von Diocl. et Maxim. fordert[1]), haben wir nicht im Mindesten Ursache gerade auf die Interessenfrage zu beziehn. Auf Calumnieneid des Klägers zu dringen, ist ein ganz gewöhnliches Recht des Beklagten[2]), und es ist das Thema dieses Eides gar nicht auf die Existenz bestimmter factischer Voraussetzungen, sondern nur ganz im Allgemeinen darauf gerichtet, dass Kläger nicht wissentlich einen unbegründeten Anspruch erhebe.

Die Lage des Desideraten gestaltet sich nun folgendermaassen. Mag er das 'penes se esse tabulas' nicht bestreiten, so verfügt und erzwingt der Praetor unmittelbar Exhibition[3]). In l. 1 §. 1 cit. fährt Ulpian dann fort:

> sed si neget se exhibere posse uel oportere, interdictum hoc competit.

Was haben wir unter dem Bestreiten des exhibere oportere zu verstehn? Sind es etwa nur besondere Gründe, an welche als von der Exhibitionspflicht befreiend bei dem exhibere non oportere zu denken ist, wie etwa die in l. 5 h. t. von Javolenus angegebenen:

> De tabulis proferendis interdictum competere non oportet, si hereditatis controuersia ex his pendet aut si ad publicam quaestionem pertinet: itaque in aede sacra interim deponendae sunt aut apud uirum idoneum.

Darauf[4]) wird sich das non oportere wohl kaum beziehn können, da es sich in l. 5 nur um die vom Praetor zu bestimmende Reihenfolge zweier Processe handelt, um eine Suspension des Interdicts bis nach entschiedenem iudicium

---

an der Exhibition behaupten muss; sonst gestünde er von vorn herein zu, den Praetor unnütz zu belästigen.

[1]) c. 3 testam. quemadm.

[2]) Keller, röm. CPr. §. 58. 3.

[3]) l. 1 §. 1 h. t. l. 2 §. 8 test. quemadm. Schmidt, Interd. S. 222.

[4]) So Schmidt a. a. O., welcher in der Geltendmachung dieser besonderen Gründe Stoff für eine dem Interdict einzuverleibende exceptio findet. Ebenso Bethmann-Hollweg II §. 98 S. 359.

maius[1]). Hier kommt es also zunächst gar nicht zum Interdict (non competit), während in l. 1 §. 1 gerade das exhibere se oportere negare zum Erlass des Interdicts führt (competit).

Es wird wohl das exhibere non oportere auf den Fall eines behaupteten dolo desiisse possidere zu beziehn sein. Häufig genug wird es sich um vernichtete oder bei Seite geschaffte Testamente u. s. w. handeln. Kläger wird trotz feststehendem non posse exhibere die Exhibitionspflicht des Beklagten behaupten, um den iussus ad exh. zu bewirken und dann im Wege der Condemnation zum Schadenersatz zu gelangen. Hier dreht sich dann der Streit in der That nicht um non posse, sondern um non oportere exhibere.

Mag dem übrigens sein, wie ihm wolle, jedenfalls tritt erst nach erfolgtem iussus ad exh. die Frage nach dem klägerischen Interesse in die Verhandlung herein[2]). Zur Condemnation kann es immer nur kommen, falls nicht das quanti ea res erit = 0 ist. Dass aber ein wirkliches Interesse vorhanden sei, und auf wie hoch sich dasselbe beläuft, wird ganz nach allgemeinen Grundsätzen auf iusiurandum in litem des Klägers gestellt.

Für das neueste römische und heutige Recht stellt sich demnach das Resultat folgendermaassen: Der Antrag auf Vorweisung eines Testaments u. s. w. setzt nicht den Nach-

---

[1]) Bülow, Präjudicialeinreden S. 137.

[2]) Ob wir an eine arbitraria actio ex interdicto oder an Verhandlung durch sponsio mit iud. secutorium denken, ist gleichgültig, da, wie die actio, auch letzteres Rechtsmittel eine auf quanti ea res erit gehende actio arbitraria ist. Schmidt a. a. O. S. 253 ff. Von den Formeln bei Rudorff, ed. perp. §. 224, dürften sich jedenfalls gegen diejenigen der sponsio et restipulatio Einwendungen machen lassen. R. lässt die sponsio auf das penes te esse u. s. w. gestellt sein, während sich doch der Streit auch darum drehn konnte, ob Kläger exhibirt habe oder nicht. Auch die Quellen führen eher auf eine sponsio 'ni contra edictum praetoris non exhibuerit' Gai. IIII, 165. Cic. pro Caec. c. 8. 32. Schmidt a. a. O. S. 236 ff. Bethmann-Hollweg II §. 98 S. 368. Nebenbei bemerkt, kann es doch auch in sponsio und actio ex interdicto wohl nicht heissen 'reliquisse dicitur', sondern 'reliquit' oder 'reliquerit'.

weis eines klägerischen Interesse, sondern nur den Beweis voraus, dass das Testament sich in des Beklagten Händen befinde. Urtheil und Execution geht auf Naturalexhibition. Kommt es aber wegen Vereitelung der letzteren zur Interesseleistung, oder geht von vornherein der Anspruch wegen dolo desinere possidere auf Schadensersatz, so ist der Beweis des Interesses durch iusiurandum in litem zu führen.

Sachlich ist gegen dieses Resultat schwerlich Etwas einzuwenden. Dem Inhaber der Urkunde geschieht kein Unrecht, wenn ihm Vorweisung derselben ohne Weiteres auferlegt wird. Darin, dass die Urkunde ein Testament u. s. w. ist und somit von vornherein die Bestimmung trägt, über den Willen des verstorbenen Errichters Auskunft zu geben, liegt Grundes genug für die Exhibitionspflicht des Inhabers. Wie sollte aber auch Desiderant sein Interesse beweisen? Das einzige Mittel darzuthun, dass derselbe Erbschaftsinteressent ist, sind ja doch eben die tabulae[1]). Oder soll sich Kläger vielleicht darauf berufen, er habe mit dem Erblasser so gut gestanden, dass dieser ihn gewiss bedacht habe, Testator habe es ihm versprochen, erzählt u. s. w. Wo wäre die Grenze berechtigter Hoffnung?

Sintenis, welcher ganz richtig den Calumnieneid und den Beweis des Interesses auseinanderhält[2]), führt für seine Meinung, dass das Interesse des Desideranten irgendwie wirklich erwiesen sein müsse, den Grund an: „Es wäre sonst nicht nur die eventuelle Pflicht zur Entschädigung sehr hart, sondern ich wüsste auch kaum, wie der Anspruch darauf substantiirt werden sollte“. — Der erste Grund fällt für uns hinweg, da wir für die Entschädigungspflicht allerdings einen Beweis voraussetzen. Die Substantiirung der Entschädigungspflicht aber liegt darin, dass eine Urkunde, welche letztwillige Verfügungen enthält, dazu bestimmt ist, nicht nur Beweis zu machen, dass Jemand bedacht ist, sondern auch Auskunft zu geben, ob Jemand bedacht ist.

[1]) Vgl. Koch, Recht der Forderungen §. 228. 2.
[2]) A. a. O.

Soll ein Codicill vom Inhaber beliebig vorenthalten oder beseitigt werden können, aus welchem ich allein ersehn kann, ob der Erblasser mich, seinen Lebensretter, langjährigen Pfleger u. s. w. mit einem Vermächtnisse bedacht hat? Wer den Inhalt einer in seinen Händen befindlichen letztwilligen Verfügung verheimlicht oder dieselbe beseitigt, verfährt jedenfalls eigenmächtig und verdachterregend, und muss sich gefallen lassen, dass ihm gegenüber ein anderer Weg eröffnet wird, dasjenige festzustellen, worüber die Urkunde Auskunft zu geben bestimmt war. Gegen Missbrauch des iusiurandum in litem gewährt die dem Richter zustehende arbiträre Gewalt genügende Garantie.

Was endlich die Quellenstellen betrifft, in welchen man etwa eine Einschränkung der Competenz des Interdicts zu finden geneigt sein könnte, so sagt zunächst l. 3 §. 10 h. t.[1]), indem, wie aus §. 9 hervorgeht, an uneröffnete Testamente gedacht wird —, dass alle diejenigen Personen auf Aushändigung des Testaments behufs Eröffnung zu dringen pflegen (solent), qui quid in testamento adscriptum habent. Kann das etwas Anderes heissen, als dass diejenigen als Interessenten erscheinen, welche im Testamente bedacht zu sein hoffen? sollen sie ihre Hoffnung beweisen müssen? Dagegen stellt mit bewusster, juristisch scharfer Allgemeinheit Gaius in l. 1 pr. quemadm. test.[2]), das oben entwickelte mit den Edictsworten vollkommen übereinstimmende Princip hin. Auf c. un. test. quemadm.[3]) ist gar kein Gewicht zu legen, da natürlich für Erben und Substituten das Interdict von besonderer Wichtigkeit ist[4]).

Was die Voraussetzungen in der Person des Beklagten anlangt, so steht das Interdict der actio ad exh. ganz gleich. Durch den Edictsausdruck 'penes te esse' wird jeder Zweifel in dieser Beziehung abgeschnitten. Dass man aus einer

---

[1]) Abgedr. S. 233.
[2]) Abgedr. S. 232.
[3]) Abgedr. S. 233.
[4]) Cf. l. 3 §. 17 h. t. l. 3 test. quemadm.

Stelle Ulpians[1]) keineswegs auf eine abweichende Auffassung jener Edictsworte schliessen kann, vielmehr das 'quodammodo possidetur' der Stelle ganz identisch ist mit habere, detinere, hat Schmidt[2]) klar nachgewiesen. Wie liesse sich auch — bemerken wir noch hinzu — denken, dass bei Proposition des Interdicts als Passivlegitimation mehr verlangt worden sei, als blosse Detention, da doch gerade der Fall ein sehr häufiger war, dass sich die tabulae in den Händen Jemandes befanden, bei dem sie der Testator deponirt hatte.

Eine besonders wichtige Anwendung des Interdicts wird, wie schon früher angedeutet, im Falle doloser Beseitigung der tabulae sich geboten haben. Liegt in dem dolo desinere penes se habere zugleich animus uel consilium supprimendi, so tritt zugleich der Fall der lex Cornelia testamentaria ein[3]).

Wie sich bezüglich der exh. facultas das Interdict von der actio in Nichts unterscheidet, so auch in Nichts, was die Folgen der dolo oder contumacia vereitelten Naturalexhibition anlangt. Die strenge Auffassung in l. 3 §. 14 Ulp.:

> Et si sub conditione legatum sit, quasi conditione existente sic aestimandum est, nec compelli debebit ad cauendum, ut se restituturum caueat, quidquid consecutus est, si conditio defecerit, quia poena contumaciae praestatur ab eo qui non exhibet[4]) —

dürfen wir wohl unbedenklich auch auf die actio ad exh. anwenden[5]).

---

1) l. 63 de u. s.

2) Interd. S. 156. Richtig auch schon Cuiac. paratitl. ad Cod. de lib. exh.

3) l. 3 §. 6 h. t. Uebrigens genügt, um der lex zu verfallen, schon doloses Verheimlichen, s. oben S. 232 Anm. 1. — In l. 1 §. 10 h. t. ist nicht von Beseitigung von tabulae die Rede, sondern von Unleserlichmachen der Schrift, l. 42 ad leg. Aquil., weshalb es verkehrt ist, wenn Hal. das 'sine' wegstreichen will. Im Falle eines dolo deletum esse wäre die Entscheidung selbstverständlich.

4) Cf. l. 42 de cond. indeb. l. 46 de r. i.

5) Z. B. im Falle der l. 11 §. 1 ad exh. Die Entscheidung beruht, wie mehrere andere (s. Jahrb. f. Dogmatik V S. 82 f.) auf dem Gesichtspuncte, dass einem ex dolo Haftenden gegenüber sonst billige ausgleichende und schonende Rücksichten nicht genommen werden.

Inwiefern endlich durch Geldcondemnation in Folge des Interdicts der Anspruch auf die letztwillige Zuwendung selbst abgeschnitten wird, darüber war schon bei der actio die Rede [1]).

Die Verjährungszeit des Anspruchs auf Exhibition ist, wie bei actio, so Interdict die regelmässige [2]).

§. 48.

Das interdictum de homine libero exhibendo.

Auch die auf Exhibition von Personen bezüglichen Interdicte erweisen sich als Rechtsmittel, welche eingeführt sind, um einen Exhibitionsanspruch für Verhältnisse zu gewähren, in denen die actio ad exh. versagt oder doch in unvollkommener Weise zum Ziele führen würde.

Nicht schwer ist dieser Zusammenhang der Dinge zu erkennen für das interd. de hom. lib. exhibendo. Das Wesen dieser Klage dreht sich um zwei Angelpuncte.

1) Mit einem Freiheitsprocesse hat das Interdict Nichts zu schaffen l. 3 §. 7 h. t. Ulp.:

> Plane si dubitat, utrum liber an seruus sit, uel facit status controuersiam, recedendum erit ab hoc interdicto et agenda causa libertatis. etenim recte placuit tunc demum hoc interdictum locum habere, quotiens quis pro certo liber est: ceterum si quaeratur de statu, non oportet praeiudicium fieri alienae cognitioni.

Zwei Gründe führt der Jurist für das Versagen des Interdicts an. Der erste Grund (etenim —) ist freilich nur eine Umschreibung des thema probandum [3]). Der zweite

---

[1]) S. oben S. 225.

[2]) Ueber Paul. IIII, 7, 6 Schmidt, Interd. S. 119. Huschke, iurispr. anteiust. ad h. l.

[3]) Gewiss ist von jeher das Interdictswort: 'quem hominem *liberum* dolo malo retines' von Personen verstanden worden, 'qui pro certo liberi sunt'. Schmidt, Interd. S. 89 Anm. 15, sagt: „Die Formel quem liberum d. m. retines, exhibeas, hätte sich so verstehen lassen:

Grund (ceterum si —) schlägt an sich auch nicht durch, da ja einem Freiheitsprocesse actio ad exh. vorhergehn kann, demnach auch unserm Interdict, wenn es sonst zur Vorbereitung des Freiheitsprocesses qualificirt wäre, das Präjudicialbedenken nicht entgegenstünde.

Der eigentliche, der Versagung des Rechtsmittels zu Grunde liegende Gedanke ist folgender: Wer einen Menschen zurückhält, weil er ihn für unfrei hält, von dem kann man nicht sagen, wie es in der Interdictsformel heisst: 'dolo malo retines'. Dieser Gedankenzusammenhang geht mit Sicherheit hervor aus den unmittelbar vorausgehenden Worten des §. 6 und 5[1]).

Aber auch aus den Anwendungsfällen der Klage, welche in den Quellen vorkommen, geht das, was l. 3 §. 7 sagt, klar hervor. Es handelt sich um Zurückhaltung ausgelöster Kriegsgefangener nach offerirtem Preisersatze[2]), oder nachdem ihnen einmal gestattet wurde, sich frei zu bewegen, und damit gleichsam das an ihnen haftende Pfandrecht durch Remission aufgehoben ist[3]). Ferner um Kinder, Freigelassene, alumni[4]), um berückte, verführte, aufgehetzte Personen[5]), überhaupt

---

Si Lucius Titius liber est eumque tu dolo malo retines. Allein die Jurisprudenz legte sie anders und zwar dahin aus (placuit): „Si Lucium Titium, quem liberum esse non negas, dolo malo retines". Gewiss richtig. Nur darf man aus dem placuit nicht schliessen, dass die erstere Auffassung auch nur von einem einzigen Juristen vertheidigt worden sei. Wer eine Sache vindiciren will, kann Exhibition derselben auf dem leichten Wege der actio ad exh. erlangen. Welcher Jurist konnte da der Meinung sein, dass es, um Exhibition eines Menschen durchzusetzen, bedürfe *a*) siegreicher Behauptung der Freiheit, *b*) Beweises des dolus auf Seiten des Retinenten? Dass Theophilus ad §. 1 Inst. IIII, 14 die Function des Interdicts falsch auffasst, bemerkt Schmidt a. a. O.

[1]) §. 6. Is, qui nescit apud se esse hominem liberum, dolo malo caret: sed ubi certioratus retinet, dolo malo non caret. §. 5. Si quis nolentem retineat, non uidetur dolo malo retinere rell.

[2]) l. 3 §. 3 h. t.

[3]) — si eum remisit pretio non accepto.

[4]) l. 3 §. 4 eod.

[5]) l. 3 §. 5 eod.

um Personen, welche nicht als Sklaven behandelt und angesehn werden[1]).

Es müsste demnach unser Rechtsmittel sein Wesen vollkommen verändert haben, wenn es wahr wäre, was Rudorff behauptet[2]), dass das Interdict (wie auch interd. de lib. exh. und de uxore exh.) erlassen sei als ein „Vorführungsbefehl behufs der Vindication eines Menschen". Aehnlich meint auch Bethmann-Hollweg[3]): „Das interdictum populare de libero homine exhibendo, das ursprünglich zur Vorbereitung der liberalis causa diente, wird jetzt durch dieselbe ausgeschlossen l. 3 §. 7 de hom. lib. exh."

Ist nun gewiss eine solche Entwicklung schon an sich unwahrscheinlich genug, so spricht gegen ihre Annahme auch der Umstand, dass zur Vorbereitung einer uindicatio in libertatem die civile actio ad exh. vollständig genügt und auch gebraucht wird[4]). Ausserdem scheitert aber auch die bekämpfte Ansicht daran, dass — und wir kommen damit auf den zweiten Angelpunct der Theorie unseres Rechtsmittels —

2) das Interdict lautet: Quem liberum *dolo malo* retines, exhibeas.

Wer möchte behaupten, dass das Requisit des dolo malo retinere erst späterer Zusatz sei? Das Interdict der Quellen hat entschieden den dolus des retinens zum eigentlichen Fundamente[5]). Hätte aber jemals unser Rechtsmittel die Bedeutung eines Vorführungsbefehls Behufs Vindication eines Men-

---

[1]) l. 1 §. 2 Ulp.: Hoc interdictum proponitur tuendae libertatis causa, uidelicet ne homines liberi retineantur a quoquam: (l. 2 h. t. Venul.) nihil enim multum a specie seruientium differunt, quibus facultas non datur recedendi.

[2]) RG. II S. 130.

[3]) CPr. II S. 335 Anm. 42.

[4]) l. 12 pr. ad exh. Dass l. 13 pr. eod. nicht das Gegentheil sagt, darüber s. oben S. 89 f.

[5]) l. 3 §. 2—7, l. 4 pr. §. 1. 2. 3 h. t.: Nullo tempore dolo malo retineri homo liber debet, adeo ut quidam putauerint nec modicum tempus ad eum exhibendum dandum, quoniam praeteriti facti poena praestanda est. — Daher auch die nahe Nachbarschaft des Interdicts mit der lex Fabia l. 3 pr. h. t.

schen gehabt, so hätte doch auf den dolus des zu Belangenden unmöglich etwas ankommen können, indem dieser dolus für die Statthaftigkeit der Vindication, also auch des Vorführungsbefehls ein ganz gleichgültiger Umstand ist. Gerade wo die Vindication am Nächsten liegt und die Exhibition des streitigen Menschen am Nothwendigsten ist, wenn nämlich der Inhaber desselben ihn ehrlich erworben hat und es auf den Process ankommen lassen will, versagt das Interdict[1]).

Aus dem Gesagten geht hervor, dass das Interdict von vornherein und in unverkennbarer Weise für einen ganz speciellen, von dem der actio ad exh. scharf unterschiedenen und dieser Klage unzugänglichen Thatbestand gegeben ist. Das prätorische Rechtsmittel soll gegen ein Attentat schützen, gegen welches bei uns Strafgesetz und Polizei helfen, nämlich gegen dolose Beschränkung der persönlichen Freiheit unbestritten freier Personen[2]).

Das exhibere hominem liberum[3]) ist übrigens begrifflich ganz identisch mit dem exhibere der Civilklage. Wie bei letzterer, falls die Verpflichtung zur Restitution der exhibirten Sache nicht bestritten wird, Kläger dieselbe gleich mit sich nimmt, so geht der vorgeführte homo liber — da seine Freiheit ausser Streit ist — sofort seiner Wege, wenn er wünscht, auch zum Exhibenten zurück.

---

[1]) l. 4 §. 1 h. t.: Trebatius quoque ait non teneri eum, qui liberum hominem pro seruo bona fide emerit et retineat.

[2]) Deshalb gilt für das Interdict, was die Person des Klägers und die Wirkung der res iudicata betrifft, die Analogie der Criminalanklagen, Bruns Zeitschr. f. RGesch. III S. 403.

[3]) l. 3 §. 8 h. t.: Ait praetor 'exhibeas'. exhibere est in publicum producere et uidendi tangendique hominis facultatem praebere: proprie autem exhibere est extra secretum habere. Letztere Worte beziehn sich darauf, dass, während bei der actio ad exh. häufig über den Besitz des Beklagten kein Streit ist, hingegen das dolo malo hom. lib. retinere ganz gewöhnlich mit einem Verbergen, Absperren, Gefangenhalten verbunden sein wird. Deshalb heisst exhibere proprie (d. h. für unser Interdict) so viel als extra secretum habere.

Ueber die übrigen das Interdict betreffenden Puncte bedarf es hier keiner Auseinandersetzung[1]).

§. 49.

Das interdictum de liberto exhibendo.

Das bei Gai. IIII, 162 und Paul. l. 2 §. 1 de interd. und auch in den Just. Institutionen IIII, 15, 1 erwähnte interd. de liberto exhibendo hat man wohl mit dem interd. de hom. lib. exh. identificiren wollen[2]). Allein dass es ein eigenes Rechtsmittel ist[3]), folgt schon daraus, dass Paulus beide Interdicte nebeneinander anführt, ersteres als ein iuris sui tuendi, letzteres als officii causa eingeführtes.

Der Grund seiner Einführung liegt auf der Hand. Eine actio ad exh. auf Vorführung des libertus, cui patronus operas indicere uult, ist unmöglich, weil es an einem iudicium directum für dieselbe fehlen würde. Zwar giebt es ein prätorisches praeiudicium de ingenuitate, bezw. de libertinitate[4]), aber keine uindicatio in ingenuitatem[5]). Und nur eine uindicatio des libertus, ein Restitutionsanspruch bezüglich des Freigelassenen wäre tauglich, einer actio ad exh. zu Grunde gelegt zu werden.

Wollte also das Edict den Patron vor Vereitelung seines operas liberto indicere von dritter Seite her schützen, so musste es ein besonderes Rechtsmittel auf Exhibition geben. Der Erfolg desselben mochte wohl abhängen vom Beweis der

---

[1]) Activlegitimation l. 3 §. 9—14. Mehrmalige Anstellung §. 13 eod. Perpetuität §. 15 eod.

[2]) So z. B. nach dem Citate zu schliessen Böcking ad Gai. IIII, 162.

[3]) Schmidt, Interd. S. 89 Anm. 14. Bethmann-Hollweg II S. 338 Anm. 63, S. 355.

[4]) l. 6: si ingenuus esse dicetur. l. 8 §. 1 de in ius uoc. l. 5 §. 18 de agnosc. libertat. Bethmann-Hollweg II S. 338.

[5]) Paul. l. 32 de lib. causa braucht zwar den Ausdruck ‘qui ex libertinitate (Flor. libertate) in ingenuitatem uindicati sunt’ — allein er meint damit das praeiudicium — ‘qui post manumissionem repetere originem suam uoluissent’.

Eigenschaft als patronus einerseits, der exhibendi facultas andrerseits.

Keiner Ausführung bedarf es, dass das exhibere libertum mit dem der actio begrifflich identisch ist. Auch dem Interdict gegenüber kann Kläger durch Gewährung des Zutritts zum libertus behufs des indicere geradeso klaglos gestellt werden, wie der mit der Civilklage Auftretende durch das tollere pati.

§. 50.

Das interdictum de liberis exhibendis.

Einige Schwierigkeiten macht die Frage nach dem Grunde der Einführung des interd. de liberis exhibendis. Denn für das hierbei in Betracht kommende Rechtsverhältniss scheint auf den ersten Blick die civile actio ad exh. nicht zu versagen. Dass dieselbe wegen mangelnden 'quanti res est' unanwendbar gewesen sei, wird man nicht sagen — setzt ja doch die arbitraria actio, bezw. das secutorium aus dem Interdict ebenfalls ein solches Interesse voraus. Ausserdem kann an der Exhibition eines Hauskindes dem paterfamilias auch in vermögensrechtlicher Beziehung leicht mehr gelegen sein, als an der Exhibition eines in libertatem zu Vindicirenden, welche letztere doch durch die actio erzwungen werden kann. Auch wegen mangelnden iudicium directum scheint gegen eine actio ad exhibendum (exhibendos liberos) Nichts eingewendet werden zu können, da eine Vindication von filii familias noch im Formularprocess vorzukommen, andrerseits auch vielleicht das interdictum de liberis ducendis sich als Hauptklage darzubieten scheint.

Allein der Schein trügt m. Er. in beiderlei Beziehung. Was zunächst die beregte Vindication anlangt, so ist eine solche für den Legisactionenprocess nicht in Abrede zu stellen. Das geht schon aus dem 'uindicat apud Praetorem filium suum esse' der Adoption [1]) zur Genüge hervor. Anders

[1]) Gai. I. 134. Bethmann-Hollweg I §. 41 S. 138. Unger, Zeitschr. f. RGesch. VII S. 200.

aber steht es für den Formularprocess. Man hat eine Klagformel zur Vindication gewaltunterworfener Personen für zulässig gehalten[1]) auf Grund von l. 1 §. 2 de r. u. Ulp.:

> Per hanc autem actionem liberae personae, quae sunt iuris nostri, ut puta liberi qui sunt in potestate, non petuntur: petuntur igitur aut praeiudiciis aut interdictis aut cognitione praetoria, et ita Pomponius libro trigensimo septimo: nisi forte, inquit, adiecta causa quis uindicet: si quis ita petit 'filium suum' uel 'in potestate ex iure Romano', uidetur mihi et Pomponius consentire recte eum egisse: ait enim adiecta causa ex lege Quiritium uindicare posse.

Allein es wird richtiger sein, die von Ulpian eingeschaltete Aeusserung des Pomponius, wie auch die beitretende Bemerkung des ersteren Juristen gar nicht auf einen wirklichen Vindicationsprocess, sondern nur auf die Scheinvindication der Adoptionslegisactio zu beziehn. Der erste Theil unserer Stelle spricht die Nichtanwendbarkeit der Vindication mit solcher Entschiedenheit aus, bezeichnet ferner die andern Rechtsmittel so bestimmt als Ersatz der fehlenden Vindication, dass man unmöglich annehmen kann, es solle im zweiten Theile der Stelle die eben verworfene Klage mit einer Modification als gebräuchliches Rechtsmittel anerkannt werden.

Dass eine formula petitoria in der Stelle nicht gemeint sei, nimmt auch Savigny[2]) an; er will an das praeiudicium über die Paternität denken, welches in die Form einer uindicatio ex iure Quiritium gebracht worden sei vielleicht Behufs Verhandlung vor den Centumvirn. Dem wird indessen entgegenstehn, dass nach dem Zusammenhange der Stelle die mit 'nisi forte u. s. w.' eingeführte Modification

---

[1]) Keller, R. CP. §. 41 n. 473. Pand. §. 419 II A. Muther, Sequestration S. 392 u. v. a. Schriftsteller. Die ganze auf die Stelle des Textes gebaute Ausführung des Zweitgenannten (Beilage V) scheitert daran, dass er mit Unrecht die Worte 'ex iure Romano' oder 'ex iure Quiritium' für die adiecta causa hält, während unter letzterer doch das '*filium uel in potestate esse* ex iure Romano' zu verstehn ist.

[2]) Syst. V §. 207 Anm. m.

der uindicatio doch auf etwas Anderes zu gehn scheint, als auf die praeiudicia, welche eben wegen mangelnder uindicatio eingeführt sein sollen. Es scheint daher die übrigens auch von Savigny offengelassene Beziehung auf die Adoption bei Weitem die beste Erklärung zu geben [1]).

Mag nun übrigens — Sicheres lässt sich bei der sichtlich durch die Compilatoren verunstalteten Stelle nicht sagen — die eine oder die andere Erklärung vorgezogen werden, so kann doch keinesfalls von einer uindicatio mit daraus folgender Restitutionspflicht die Rede sein, und damit fällt die Möglichkeit einer actio ad exh. bezüglich des filius familias.

Uebrigens erklärt sich die Statthaftigkeit der legis actio, die Deficienz der formula petitoria ganz leicht daraus, dass bei der leg. actio beide Parteien mit Rechtsbehauptungen auftreten und der Ausspruch über das Recht als Endaufgabe des iudicium erscheint, bei der petitoria hingegen, da der Besitzstand als Passivlegitimation in Betracht kommt, die Endaufgabe des Richters Erlass des arbitrium restituendi und eventuell Condemnation ist. Besitz an einem filius familias [2]), ferner ein 'nisi Ns. Ao. filium familias restituet' zu statuiren, mochte die Formularjurisprudenz füglich Bedenken tragen [3]).

Die durch das Versagen der formula petitoria sich ergebende Lücke wird nun ausgefüllt, abgesehn von der Präjudicialklage, durch zwei Interdicte: de liberis ducendis und de liberis exhibendis. Beide sind zu einem Rechtsspruche über die Existenz der vom Kläger behaupteten väterlichen Gewalt zu führen bestimmt. Sie unterscheiden sich aber

---

[1]) So auch Bethmann-Hollweg II §. 97 Anm. 82.

[2]) In den Interdicten, deren Gegenstand ein freier Mensch ist, findet sich immer für das Haben des Beklagten ein anderer als ein für den Besitz üblicher Ausdruck (retinere, apud aliquem esse).

[3]) „Wenn wir in l. 1 §. 2 de lib. exh. die Pflicht, welche dieses exhibitorische Interdict auflegt, so bezeichnet finden: — omni modo restituendum putauit, si in potestate est, so liegt darin entweder eine nachlässige Ausdrucksweise Ulpians oder ein Fehler der Abschreiber". Schmidt, Interd. S. 49 Anm. 27. S. auch unten S. 248.

untereinander sowohl durch die Veranlassung, welche zur Klage gefordert wird, durch die Passivlegitimation, als auch im Resultate des Processes.

Das interdictum de liberis ducendis ist bestimmt die Durchführung der väterlichen Gewalt gegen den filius familias selbst zu garantiren. Zwar bedarf es, so lange der Widerstand, bezw. die Bestreitung der väterlichen Gewalt von dem filius familias allein ausgeht, keines Interdicts, sondern es tritt erforderlichen Falls notio Praetoris ein. Wohl aber ist ein iudicium erforderlich, wenn ein Dritter gegen die ductio Einsprache erhebt, welche Einsprache dann ercheint als ein *defendere* des ducendus[1]).

Wie verhält sich nun hierzu das interdictum de liberis exhibendis? Darüber giebt die beste Auskunft l. 5 h. t. Venulei.:

> Si filius sua sponte apud aliquem est, inutile hoc interdictum erit, quia filius magis apud se quam apud eum est, in quem interdicetur, cum liberam facultatem abeundi uel remanendi haberet: nisi si inter duos, qui se patres dicerent, controuersia esset et alter ab altero exhiberi eum desideraret.

Hiernach setzt unser Interdict auf Seiten des Beklagten voraus

1) natürlich exhibendi facultas, das apud aliquem esse in diesem rein factischen Sinne;

2) daneben aber auch noch eine Opposition gegen die vom Kläger behauptete väterliche Gewalt und zwar nicht etwa nur auf Grund der Gewaltfreiheit des angeblichen filius fam. selbst — welchenfalls defendere interdicto de liberis

---

[1]) l. 3 §. 3 h. t. l. 8 de probation. Natürlich kann der defendens auch ein eigenes Interesse am Verhindern der ductio haben. Allein immer ist das ducere zunächst Bethätigung der patria potestas gerichtet gegen den Gewaltunterworfenen selbst, in welcher Bethätigung der Berechtigte durch das prohibitorische Interdict geschützt wird. Der Zwang zum exhibere filium f. hingegen ist von vornherein Bethätigung der väterlichen Gewalt gegen einen Dritten, gerade wie es die Klage auf Restitution wäre, wenn es eine solche gäbe.

ducendis am Platze wäre — sondern im Sinne eigenen Rechts, eigener Prätension, nämlich

a) durch Vorenthalten der libera facultas abeundi, retinere des angeblichen Hauskindes[1]), wie es namentlich vorkommen wird von Seiten der Mutter des Kindes[2]) oder etwa des Ehemannes einer filia familias[3]);

b) durch Behaupten eigener patria potestas. Das interd. de lib. exh. erfordert ganz wie das interd. de lib. duc. Beweis der patria potestas des Imploranten[4]).

Da erhebt sich nun sofort die Frage, warum Derjenige, welcher seine väterliche Gewalt dem Prätendenten gegenüber bewiesen hat, nicht Ueberantwortung, sondern nur Exhibition vor dem Magistrate erlangt, warum mit andern Worten ein exhibitorisches, nicht ein restitutorisches Interdict gegeben wird. Das erklärt sich aus demselben Grunde, aus welchem keine uindicatio filii familias im klassischen Process gegeben wird. Ein freier Mensch soll nicht als Restitutionsobject in Betracht kommen; die Gelegenheit seine Selbständigkeit selbst zu vertheidigen oder durch Andere vertheidigt zu sehn, soll durch das Resultat des Streites zwischen den beiden Prätendenten (der väterlichen Gewalt, bezw. des Zurückhaltungsrechts) nicht beeinträchtigt werden. Es kann geschehn, dass der von *A* als filius fam. Retinirte, von *B* als filius fam. in Anspruch Genommene selbst gewaltfrei zu sein behauptet, welchenfalls ihm, bezw. Dritten, die sich seiner annehmen wollen, Gelegenheit geboten sein muss, die Qualität als homo sui iuris gerichtlich zur Sprache zu bringen. Deswegen geht, wenn der Exhibirte nicht freiwillig dem siegreichen Kläger folgt, die Erlangung der factischen Gewalt über die Person des Hauskindes immer durch ein entweder notione Praetoris zu gestattendes oder durch interdictum zu erzwingendes

[1]) l. 1 §. 3 h. t.
[2]) l. 1 §. 3. l. 3 §. 5. 6 eod. l. 1 §. 1 de inspic. uent.
[3]) l. 1 §. 5 eod.
[4]) l. 1 pr. §. 1. 2 h. t. Schmidt, Interd. S. 84 ff.

ducere hindurch. In diesem Sinne heisst es l. 3 §. 1 h. t. Ulp.:

Superiora interdicta exhibitoria sunt, hoc est pertinent ad exhibitionem liberorum ceterorumque, de quibus supra diximus: hoc autem interdictum pertinet ad ductionem, ut ducere quis possit eos, in quos habet ius ductionis. itaque prius interdictum, quod est de liberis exhibendis, praeparatorium est huius interdicti: quo magis enim quis duci possit, exhibendus fuit.

Aus dem über das interdictum de liberis exhibendis Ausgeführten wird so viel klar geworden sein, dass das Interdict seine Einführung dem Versagen der Vindication und somit auch einer auf sie sich stützenden actio ad exh. verdankt. So sehr das Interdict in wichtigen Puncten von der actio abweicht, so erfüllt es doch auf seinem Gebiete einen ganz ähnlichen Zweck, wie die Civilklage auf dem ihrigen. Es gewährt dem siegreichen Kläger Zutritt zu der als Hauskind in Anspruch genommenen Person, stellt ihm dieselbe vor Gericht[1]).

Es bedarf nunmehr auch wohl keiner ausführlichen Widerlegung der Annahme, dass das interd. de lib. exh. ursprünglich ein Vorführungsbefehl des Prätors Behufs der Vindieation eines Menschen als Hauskind gewesen sei[2]). Dagegen spricht Klaggrund, Beweisgegenstand und definitive Wirkung des Interdicts und, was damit auf's Engste zusammenhängt, dass seine Einführung gerade auf der Insufficienz der Vindication beruht. Es hängt übrigens die Auffassung der Ge-

---

[1]) Die Erkenntniss der Functionen der beiden Interdicte scheint mir, auch abgesehn von unserem speciellen Zwecke, der Unbestimmtheit gegenüber, mit welcher selbst in den neuesten Darstellungen des Verhältnisses beider Klagen zu einander gedacht wird, keineswegs überflüssig zu sein.

[2]) So Rudorff, RG. II S. 130. Bethmann-Hollweg I S. 137 Anm. 11. und II S. 341: „Der Prätor gab zwei Interdicte de liberis exhibendis und de liberis ducendis, durch welche „jetzt auch" die Entscheidung über jene Gewalt durch einen Geschworenen herbeigeführt wurde".

nannten mit ihrer Vorstellung über die ursprüngliche Function der actio ad exh. zusammen, über welche Vorstellung im nächsten Capitel noch die Rede sein wird[1]).

§. 51.

Actio in factum gegen argentarii wegen verweigerter Edition von rationes.

In §. 26 dieser Arbeit wurde festgestellt, dass, abgesehn von dem ganz besondern Falle der l. 3 §. 14 ad exh., Exhibition einer Urkunde mit actio ad exh. nur verlangt werden kann auf Grund einer futura uindicatio (oder sonstigen petitorischen Anspruchs), und dass insonderheit auch der Umstand, dass eine Urkunde in unsern Angelegenheiten errichtet worden ist, keineswegs zur Begründung eines Anspruchs auf Vorweisung genügt. Unterstützt wird dieser Satz, wie ebenfalls schon früher bemerkt, durch die Thatsache, dass das Edict gegen eine gewisse Classe von Geschäftsleuten auf Vorweisung einer gewissen Art von Urkunden, nämlich der von ihnen geführten geschäftlichen Rechnungsbücher, rationes, einen Rechtszwang durch Aufstellung einer besondern actio in factum statuirt hat. Wozu, fragen wir füglich, eine solche Klage, wenn j e d e Urkunde, weil sie in meinen Angelegenheiten errichtet ist, von j e d e m Besitzer derselben mir exhibirt werden müsste? Durch eine kurze Betrachtung der prätorischen Klage wird sich vielmehr herausstellen, dass dieses Rechtsmittel ganz wie die in den vorigen §§ behandelten als eine Ausdehnung der Exhibitionspflicht auf ein Verhältniss anzusehn ist, welches nicht innerhalb des Gebiets der actio ad exh. gelegen, nichtsdestoweniger einen Anspruch auf Vorweisung als practisch nothwendig erscheinen lässt.

---

[1]) Was das interdictum de uxore exhibenda anlangt (l. 2 de lib. exh. c. 11 de nupt.), so darf in Ermangelung näherer Kenntniss desselben wohl in allen Stücken Analogie mit dem interd. de lib. exh. angenommen werden. Insonderheit kann von einer uindicatio uxoris im Formularprocess am Allerwenigsten die Rede sein.

Zunächst ist ausser Zweifel, dass das edere rationes, welches das Edict den argentarii auferlegt, nichts Anderes ist, als ein exhibere im technischen Sinne der actio ad exh. Wenn es heisst l. 6 §. 7 de edendo Ulp.:

Edi autem est uel dictare uel tradere libellum uel codicem proferre —

so umfasst diese Definition sowohl das edere actionem, als das edere rationes der Argentarien, welche Leistungen ja eben im Edicte unter ein und derselben Rubrik de edendo zusammengefasst sind. Das dictare und libellum tradere scheint auf die Klagedition zu gehn[1]), das codicem proferre hingegen auf die Edition der Geschäftsbücher. Dieselbe wird geradezu als exhibere bezeichnet l. 8 h. t. Ulp.:

Ubi exigitur argentarius rationes edere, tunc punitur, cum dolo malo non exhibet —

und es wird sich Nichts dagegen einwenden lassen, dass Rudorff[2]) ein 'dolo malo exhibitas non fuisse' in die Formel der Klage aufnimmt.

Auf welchem Grunde beruht nun diese Exhibitionspflicht? Es handelt sich recht eigentlich um Rechnungen, welche in des Klägers Auftrage gemacht oder doch wenigstens in seinen Angelegenheiten geführt sind, l. 6 §. 5 h. t. Ulp.:

Ex hoc edicto in id quod interfuit actio competit: unde apparet ita demum tenere hoc edictum, si ad eum pertineat. pertinere autem uidetur ad me ratio, si modo eam tractaueris me mandante.

und l. 4 §. 1 eod. Ulp.:

Huius edicti ratio aequissima est: nam cum singulorum rationes argentarii conficiant, aequum fuit id quod mei causa confecit meum quodammodo instrumentum mihi edi.

Und doch wird eine Pflicht Geschäftsrechnungen zu ediren eben nur für argentarii[3]) anerkannt, nicht für sonstige Ge-

---

[1]) l. 1 §. 1 Ulp.: Edere est etiam copiam describendi facere: uel in libello complecti et dare: uel dictare. —

[2]) Ed. perp. §. 10.

[3]) Und für numularii l. 9 §. 2 h. t.

schäftsleute und Rechnungsführer, bei denen doch ebenfalls ein solches mei causa rationes conficere vorliegen kann — und hierbei als Grund der Pflicht die öffentliche Function der ersteren bezeichnet l. 10 §. 1 h. t. Gai.:

> Ideo autem argentarios tantum neque alios ullos absimiles eis edere rationes cogit, quia officium eorum atque ministerium publicam habet causam et haec principalis eorum opera est, ut actus sui rationes diligenter conficiant[1]).

Der Schluss, dass die Einführung dieser Editionspflicht der Argentarien im Causalzusammenhange steht mit der Nichtanwendbarkeit der actio ad exh. für den betreffenden Thatbestand — könnte nur abgelehnt werden durch den Nachweis, dass die prätorische Klage weittragender und durchschlagender sei, als die actio ad exh. Dann nämlieh könnte man allenfalls in der Aufstellung ersterer eine Verstärkung der nach allgemeinen Grundsätzen begründeten Exhibitionspflicht gerade dieser Classe von Personen gegenüber zu erblicken geneigt sein.

Allein es verhält sich in dieser Beziehung gerade umgekehrt. Die prätorische Klage ist ein weit schwächeres Rechtsmittel, als die Civilklage, bezw. eine mit analoger Tragweite gegebene actio in factum im Sinne von l. 3 §. 14 ad exh. Das zeigt sich namentlich bezüglich der Passivlegitimation. Die Editionsklage setzt ausser dem possidere, bezw. dolo desiisse possidere, noch ganz Anderes voraus. Sie geht ausser gegen den argentarius selbst nur gegen solche Personen, welche, sei es als Erben, sei es als Gewalthaber, für ersteren haften. Wem die rationes legirt oder geschenkt sind, der haftet nicht ohne Weiteres[2]), sondern wird nur etwa causa cognita zur Edition verhalten. Es genügt für die

---

[1]) Vgl. über die Functionen dieser Geschäftsleute Kraut, de argentariis et numulariis; Wetzell, System §. 24. Bei Kraut p. 75 findet sich ausgeführt, dass die argentarii ihre rationes keineswegs immer als Mandatare führten. Deshalb bot auch die actio mandati keine durchschlagende Hülfe.

[2]) l. 9 §. 1 h. t.

Editionsklage demnach nicht, wie für die actio ad exh., die exhibendi facultas.

Unsere Klage geht fernerhin gerade wie die Civilklage auf das Interesse des Klägers an der Edition[1]). Die Art aber, wie die Leistung dieses Interesses erzwungen, der indirecte Zwang zum exhibere vermittelt wird, nämlich durch ein Decret des Magistrats und eine gegen den ungehorsamen argentarius gerichtete actio in factum, welche in Bezug auf die Haftung der Erben und die Annalverjährung als Poenalklage behandelt wird[2]), wäre doch wirklich ein wunderbarer Umweg, wenn vermöge der aequitas exhibendi der bei Weitem günstigere Weg eines arbitrium offen stünde. Alles das aber erklärt sich auf das Einfachste, wenn wir daran festhalten, dass gegen den argentarius actio ad exh. wegen mangelnden iud. directum nicht begründet ist, und das Edict in Folge davon dem practischen Bedürfniss durch ein in mancher Beziehung eigen geartetes Surrogat abgeholfen hat.

Elftes Capitel.

Alter der exhibitorischen Klagen.

§. 52.

Für einen Versuch, das Alter der actio ad exh. und der übrigen exhibitorischen Rechtsmittel zu bestimmen, giebt es zwei Anhaltspuncte. Der erste ist ein ganz äusserlicher, sicherer, aber wenig bietender. Wir gewinnen ihn durch die Thatsache, dass die actio ad exh. schon von den 'veteres' als gebräuchliches Rechtsmittel behandelt wird. Derselbe C. Aquilius Gallus (Prätor 688), welcher bekanntlich mehr als einem Institute des ius ciuile Ursprung und Namen gegeben hat,

---

[1]) l. 6 §. 4. l. 8 §. 1. l. 10 §. 3 h. t.
[2]) l. 13 h. t.

verweist auf unsere actio in l. 17 §. 6 de act. empt.[1]) und zwar in einer Anwendung, die wohl nicht die älteste und ursprüngliche ist[2]). Von Alfenus citirt sein Epitomator Paulus in l. 19 ad exh. ein Responsum drastischer Art, welches gegen den Versuch über die Schranken der actio hinauszugehn gerichtet ist, und aus welchem hervorgeht, dass der Satz: die actio stehe demjenigen zu, cuius interest exhiberi, ein der Jurisprudenz ganz geläufiger war. Besonders scheint sich dann Labeo mit Behandlung der bei der Klage in Betracht kommenden practischen Fragen abgegeben zu haben[3]).

Fernerhin respondirte über das interdictum de homine lib. exh. Trebatius nach l. 4 §. 1 h. t. Auch das interdictum de tab. exhibendis hat nach l. 3 §. 9 h. t. schon Labeo vorgefunden.

Aus den gegebenen Daten ist die Ueberzeugung zu gewinnen, dass die actio ad exh. mit den sie ergänzenden Interdicten jedenfalls in die Zeit vor Cicero, also in die frühere Periode des Formularprocesses hinaufreicht.

Von diesem Anhaltspuncte ausgehend wird nun, wer unsere Klage für ein prätorisches Rechtsmittel hält[4]), in die Zeit von 1—2 Jahrhunderten zwischen Cicero und dem Aufkommen des Formularprocesses die Entstehung derselben setzen müssen.

Wer aber, wie es oben als richtig nachgewiesen, die actio ad exh. für eine Civilklage hält[5]), für den ist jenes

---

[1]) Abgedr. oben S. 74.

[2]) Vgl. a. a. O.

[3]) l. 11 §. 1 ad exh. Ort und Kosten der Exhibition; l. 7 §. 7 Zeitpunct der facultas exhibendi.

[4]) Siehe die oben §. 5 S. 10 Genannten.

[5]) Ich freue mich, bezüglich dieses Punctes Bekker, die Actionen des röm. PRs. S. 225, welche Arbeit mir erst bei Absendung dieses Bogens zum Druck zukommt, auf meiner Seite zu finden. B.'s übrige Andeutungen über die actio, namentlich über die Entstehung derselben, weichen von den Resultaten meiner Untersuchung mannichfach ab. Ein näheres Eingehn ist nicht mehr thunlich und wird wohl auch durch unsere eigenen Ausführungen weniger erforderlich.

Altersmaximum nicht gegeben, indem die Frage nahe liegt, ob das Rechtsmittel nicht in die Legisactionenzeit hineinreicht.

Ungemein schwach sind die Gründe, welche man dafür angeführt hat, dass die actio ad exh. auf das Zwölftafelgesetz zurückzuführen sei. Gegen die Herbeiziehung der Worte 'secundum legem' in l. 9 ad exh. durch Cujaz[1]), gegen den Schluss ferner, welchen schon die Institutionenparaphrase des Theophilus aus §. 29 Inst. de rer. diu. auf das Vorkommen der Klage in den XII Tafeln macht — hat schon Einert[2]) das Erforderliche gesagt. Sein eigener Schluss[3]) freilich: weil in der lex bestimmt sei, ut glandem in alienum fundum procidentem liceret colligere[4]), so müsse auch die actio ad exh., mit welcher das Wegnehmenlassen der Früchte erzwungen werden kann, schon durch die Decemvirn eingeführt worden sein — ist um Nichts besser, als die von ihm mit Recht verworfenen Argumente.

Die Frage, ob unsere Klage in die Legisactionenzeit hineinreicht, wird sich nur beantworten lassen durch mehr oder weniger sichere Folgerungen aus dem Wesen und der Function des Rechtsmittels, wie sich dieselben durch unsere Untersuchung herausgestellt haben. Gelangten wir von einem äusserlichen Anhaltspuncte aus zu dem Resultate, dass die exhibitorischen Rechtsmittel zurückreichen bis in die Zeit vor Aquilius, so wird mittelst des zweiten, mehr innerlichen Anhaltspunctes, die Ueberzeugung zu gewinnen sein, dass sie andrerseits auf dem Boden des Formularprocesses erwachsen sind, im Legisactionenprocesse keine Stelle hatten.

Vergleichen wir die formula ad exh. mit der formula petitoria, so beruht der beiden gemeinsame Bestandtheil, arbi-

---

1) Obseru. IX, 19.

2) §. 26 p. 85 sq. §. 27 p. 94. Neuestens wird aus der Institutionenstelle auf eine actio ad exh. der Zwölftafeln geschlossen von Hoffmann, Beiträge zur Geschichte des griech. u. röm. Rs. S. 26.

3) p. 91 sq.

4) Plin. H. N. XVI, 5. 15.

trium exhibendi, bezw. restituendi, und condemnatio, auf dem einfachen Gedanken: Hat Beklagter exh. bezw. rest. facultas, so ist er zur Exh. bezw. Rest. verpflichtet. Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, so ist das Interesse des Klägers abzuschätzen und Beklagter darauf zu condemniren.

Warum ist aber im Falle der facultas Bekl. zur Naturalleistung verpflichtet? Hier gehn nun beide Formeln auf's Schärfste auseinander. Bei der petitoria ist diese Verpflichtung gestellt auf die erfolgte pronuntiatio rem A^i. A^i. esse; bei der actio ad exh. hingegen ist sie gestellt lediglich und ganz unmittelbar auf das sic iubeo des Magistrats. Wenn auch hier vor den iussus ad exh. sich eine Erörterung in Form des summatim cognoscere einschiebt, so erscheint dieselbe lediglich als eine theilweise Anticipation der Condemnationsabschätzung. Ehe der iudex untersucht „Wieviel?" untersucht er gleich von vornherein „Ob vielleicht gar Nichts?" und gewinnt damit die Garantie, dass er nicht durch Prüfung der exh. facultas, Ertheilung des iussus ad exh. sich und den Beklagten unnütz belästigt.

Wie hat sich nun im Legisactionenprocesse das in den beiden Formeln Enthaltene gestaltet? Im Vindicationsprocesse so, dass nach Entscheidung der Eigenthumsfrage der siegreiche Kläger sich in den Besitz der Streitsache, im Nothfalle unter magistratlicher Beihülfe, setzen durfte. Aufgabe des iudicium war lediglich die Entscheidung der Rechtsfrage [1]). Was hätte nun aber bei einer legis actio ad exh. Aufgabe des iudicium sein sollen? Eine Rechtsfrage zu entscheiden giebt es hier gar nicht. Indirecte Erzwingung des exhibere durch Verurtheilung in das quanti ea res est wird es aber im Legisactionenprocesse doch gewiss ebensowenig gegeben haben, als indirecten Restitutionszwang durch jenes Mittel. Sollte, wo es sich um blosses Vorzeigen handelt, directer Zwang nicht noch näher gelegen haben, als bezüglich definitiver Herausgabe? Gegen Vereitelung der Exhibition aber

---

[1]) Bethmann-Hollweg I S. 192 f. Vgl. Jhering, G. d. röm. Rs. III S. 184.

durch Abläugnen des Besitzes, Verschleppung oder Zerstörung der Sache, haben Delictsklagen ihre Schuldigkeit gethan[1].

Das Gesagte drängt darauf hin, einen Zwang zum exhibere zur Zeit des Legisactionenprocesses sich lediglich als vom Magistrate unmittelbar ausgehend zu denken. Eine actio ad exh. vor iudices verdankt ihre Existenz erst dem Principe der Geldcondemnation.

Dass der iussus ad exh. ursprünglich vom Magistrate selbst ausgegangen ist, geht aber auch ferner daraus hervor, dass die actio ad exh. den einzigen Fall bietet, wo sich im classischen Processe die Erscheinung eines summatim cognoscere von Seiten des iudex findet. Wo wir diese Art von Cognition sonst finden, handelt es sich immer um eine vom Magistrat selbst in die Hand zu nehmende Untersuchung. Es ist gewiss eine naheliegende Annahme, dass auch das summatim cognoscere Behufs aufzulegender Exhibition ursprünglich vom Magistrate — nämlich von demjenigen, vor dem das iudicium directum im Sinne der späteren Formel stattzufinden hatte — vorgenommen worden ist. Müssen wir uns nach dem bisher Ausgeführten einen Exhibitionszwang zur Zeit der Legisactionen jedenfalls als direct vom Magistrate ausgehend, direct durch ihn realisirt denken, so kann aber auch fernerhin noch aus anderm Grunde von einem Anspruche auf Exhibition im Sinne der formula ad exh. im ältesten Process schwerlich die Rede sein.

Zur uindicatio der legis actio sacramento war bekanntlich das Vorhandensein des (beweglichen, transportabeln) Streitobjects in iure unbedingt nothwendig[2]. Das Stellen der Sache vor Gericht ist geradeso wie das Stellen der Person des Beklagten vor Gericht ein zur Herbeiführung des Processes, zur Auswirkung der legis actio gehöriger Act, und auch ebenso wie die in ius vocatio Sache des Klägers, der sich im Falle Widerstandes des Schutzes durch magistrat-

---

[1]) Bethmann-Hollweg I S. 128 mit Anm. 11.

[2]) Ueber den Grund dieser Nothwendigkeit vgl. Bethmann-Hollweg I §. 39 und dazu krit. Vierteljahrschr. VIII S. 503 ff.

liches imperium erfreut[1]). Uebrigens würde, auch wenn man annimmt, dass der Beklagte durch magistratliche Einwirkung zum Herbeistellen der Sache vor Gericht genöthigt werden konnte, deshalb nicht von einer auf Stellung der sacramento zu vindicirenden Sache vor Gericht gerichteten actio ad exh. geredet werden können, wie dies von Manchen geschieht[2]). Denn ebensowenig, als es Sinn gehabt hätte, die Realisirung der in ius uocatio abhängig zu machen von einer Cognition, ob Kläger ein Interesse habe, dass Beklagter vor Gericht erscheine, lässt sich doch wohl annehmen, dass Behufs Stellung der Sache vor Gericht ein Vorprocess ad exhibendum eröffnet worden sei. So lange ohne Gegenwart der Sache gar nicht vindicirt werden konnte, muss das Recht des Klägers auf Stellung derselben ein ganz abstractes, nicht durch das Resultat einer Untersuchung über den Grund seines Begehrens bedingtes gewesen sein[3]).

Erst nachdem Anwesenheit der Sache in iure nicht mehr zur uindicatio gehört, ist auch Beklagter nicht mehr verpflichtet die zu vindicirende Sache ohne Weiteres vor Gericht zu stellen, sondern nun bedarf es eines besonderen Processes um ihn dazu zu nöthigen. Erst jetzt hat eine Cognition über die Berechtigung des Exhibitionsverlangens Sinn und Grund. Denn es handelt sich nunmehr um eine zum Zustandekommen der Vindication nicht absolut nothwendige Belästigung des Besitzers, um einen Zwang letzterem gegenüber, den zukünftigen Vindicanten durch eine Leistung seinerseits in seinem Vorhaben zu fördern.

---

[1]) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 127 f. Huschke, Gaius S. 188.

[2]) Wetzell, Vindicationsprocess S. 47. Girtanner, Jahrbb. f. Dogm. III S. 168 f. Brinz, Pand. I S. 461. Rudorff, RG. II S. 130. Krüger, Krit. Versuche S. 71 Anm., fragt: „sollen denn aber die Grundsätze, aus denen sich die actio ad exhibendum entwickelte, nicht auch bei den legis actiones zur Anwendung gekommen sein?"

[3]) Durfte man doch die zu vindicirende Sache (mindestens eine in seruitutem zu vindicirende Person), wie der Fall der Verginia zeigt, ohne Weiteres ergreifen.

Will man übrigens die Pflicht zur Stellung der sacramento zu vindicirenden Sache als Exhibitionspflicht bezeichnen, so ist dagegen Nichts einzuwenden; es ist gar nicht unwahrscheinlich, dass der Ausdruck exhibere zurückreicht in die Legisactionenzeit. Aber die actio ad exhibendum mit ihrem in der Formel ausgeprägten Wesen und den sich daran knüpfenden Rechtssätzen gehört sicherlich erst in die spätere Zeit [1]).

Vielleicht hat nach Aufkommen des Formularprocesses der Magistrat den iussus ad exhibendum nach summarischer Cognition noch einige Zeit selbst erlassen und im Falle des Ungehorsams einen arbiter zur Feststellung der aestimatio gegeben, bis es dann zweckmässiger erschien, diesem arbiter auch gleich das summatim cognoscere und den iussus ad exh. mit zu übertragen. Das würde die Entstehung einer formula ohne 'si paret' oder 'quidquid — oportet' ganz gut erklären.

Jedenfalls aber fällt das Entstehn der actio ad exh. — das ist das Resultat unserer Untersuchung — in die erste Zeit des Formularprocesses, etwa zwischen Plautus und Cicero. Die übrigen exhibitorischen Rechtsmittel haben wir keinen Grund für älter zu halten, im Gegentheil weist die oben nachgewiesene ergänzende Function derselben auf ihre Einführung nach Entstehung der actio ad exhibendum.

---

[1]) „Jenes (nämlich die Vorzeigung der beweglichen Sache vor Gericht durch den Besitzer), was früher durch das Imperium des Prätors bewirkt worden war, konnte der Kläger jetzt durch die prätorische actio ad exhibendum erzwingen —" Bethmann-Hollweg II S. 235.

Zwölftes Capitel.

Die exhibitorischen Rechtsmittel im heutigen Rechtsleben.

§. 53.

Actio ad exhibendum bei wirklich bevorstehender Hauptklage.

Da einerseits die actio furti non exhibiti, die interdicta de liberto exhibendo und de homine libero exhibendo, wie ferner auch die Klage gegen Argentarier auf Edition der rationes für unser heutiges Recht weggefallen sind, andrerseits die interdicta de tabulis exhibendis und de liberis exhibendis gemeinrechtlich in unbezweifelter Anwendung sind, so bedarf nur die actio ad exhibendum selbst in Bezug auf ihre heutige Anwendung einer Erörterung.

So viel ist zwar gewiss, dass gegen die Geltung der auf die Klage bezüglichen Rechtssätze, gegen die Anwendbarkeit des Rechtsmittels, kein Grund besteht. Desto näher aber liegt die Frage nach der Ursache der schon in der Einleitung dieser Abhandlung berührten Thatsache, dass unsere Klage „so wenig bei uns in Uebung erscheint, so wenig also als nothwendig oder gut begriffen zu sein scheint[1])“. In der That, man braucht nur einen Blick in die Sammlungen gerichtlicher Entscheidungen zu werfen, um sich von dem spärlichen Vorkommen der actio zu überzeugen. Und wer die Richter und Anwälte eines Landes, in dessen Gesetzgebung die Exhibitionspflicht gar nicht vorkommt, fragt, ob die Praxis diese Lücke nicht lebhaft empfinde, wird schwerlich eine bejahende Antwort erhalten[2]).

---

[1]) Brinz oben S. 5.

[2]) Koch, das Recht der Forderungen nach gem. u. preuss. R. §. 226, drückt sich ziemlich behutsam so aus: „Aber weniger als selten ist der Gebrauch (der actio ad exh. in der preuss. Gerichtspraxis) doch keineswegs“.

Vielleicht wird sich, auf Grund unserer Ausführung über die Bedeutung der actio für's classische Recht im dritten Capitel, mit Hülfe des Bildes, welches wir dort vom 'cottidianus usus' der Klage gewonnen haben, deutlich erkennen lassen, warum zu einer solchen Uebung bei uns Grund und Veranlassung weggefallen sind.

Wie oben[1]) nachgewiesen, kann das Bedürfniss die Identität der anzusprechenden Sache zu constatiren oder Notizen über ihren Zustand und ihre Schicksale zu gewinnen, eine der Eigenthumsklage vorausgehende Vorweisung sehr wünschenswerth machen. So will in dem bei Seuffert Arch. Bd. 9 Nr. 38 referirten Falle Klägerin eine Sammlung von Büchern und Manuscripten vindiciren, welche sie nur bezeichnen kann nach der Zahl und nach der Art, wie sie an Beklagten gekommen sind. Nicht der genaueren Bezeichnung wegen wird Exhibition verlangt — die in der actio ad exh. erfolgte würde auch zur Vindication genügen —, sondern „um für die Vindication hinreichend instruirt zu sein". Zu dieser Instruction würde namentlich Kenntniss des Titels der Bücher, des Einbandes, der Bibliothekszeichen und Nummern u. s. w. gehören, indem nur auf Grund dieser Kenntniss Klägerin sich klar werden kann, ob die Bücher wirklich die ihr abhanden gekommenen sind, ob also der anzustellende Eigenthumsprocess ein günstiges Resultat erwarten lässt.

Dass nun aber des beregten Zweckes wegen die actio ad exh. selten genug bei unseren Gerichten vorkommt, erklärt sich vor Allem daraus, dass diejenige Art von beweglichen Eigenthumsobjecten, welche im Römischen Verkehre wohl den wichtigsten Gegenstand von Vindicationen bildete, nämlich Sclaven, bei uns nicht vorkommt. Hat sich damit — abgesehn von andern Gründen — die Zahl der Vindicationen beweglicher Sachen gemindert, so erinnern wir uns fernerhin des oben[2]) geführten Nachweises, dass gerade bei Sclaven-

---

[1]) S. 67 f.
[2]) S. 69 f.

vindicationen am häufigsten das Bedürfniss vorliegen musste, zur Constatirung der Identität und Behufs des zu führenden Processes Notizen zu sammeln. Gewiss spielen in denjenigen Ländern, wo die Sclaverei noch heutigen Tages existirt, bei Verfolgung flüchtiger oder sonst abhanden gekommener Sclaven Vorführungsbefehle eine wichtige, oft entscheidende Rolle, mögen sie auf welche Weise immer, auf civilgerichtlichem, polizeilichem, strafgerichtlichem Wege erfolgen.

Ein fernerer Grund des seltenen Vorkommens unserer Klage als Anbahnung einer Vindication liegt in der gesteigerten Ausdehnung strafrichterlicher und polizeilicher Mitwirkung bei Verfolgung abhanden gekommener Sachen. Wo es so leicht ist, bei irgend erheblichen Verdachtsgründen wegen Diebstahls, Hehlerei, Unterschlagung, Betrug, durch Erwirkung von Haussuchungen und sonstigen Recherchen dem Gegner zu Leibe zu gehn, als heut zu Tage, da wird Niemand leicht zur actio ad exh. greifen.

Endlich aber ist in unserm Processe durch Antrag auf gerichtlichen Augenschein ein gutes Mittel gegeben, Vorzeigung einer beim Processgegner befindlichen beweglichen Sache zu erwirken. Erscheint die Besichtigung der Sache als relevant, z. B. zur Constatirung der Existenz von Zeichen, welche der Kläger zum Beweise der Identität der beim Beklagten vorhandenen mit der ihm abhanden gekommenen Sache anführt, so wird der Richter dem Antrage Statt zu geben haben[1]. Ein summarischer Beweis des klägerischen Rechts wird hierzu gar nicht einmal erfordert, Kläger erreicht also seinen Zweck leichter als mit der actio ad exh. Dazu kommt, dass nach dem Zeugnisse der Practiker[2] der auf Augenscheinseinnahme gerichtete Antrag, welcher dann die Natur eines anticipirten Beweises hat, schon im ersten Verfahren gestellt werden und zum Ziele führen kann. Bedenken wir nun, dass Erhebung der Hauptklage mit Antrag auf Augen-

---

[1]) Siehe hierüber W. H. Puchta, Zeitschr. f. CR. u. Pr. III S. 41 Nr. 1.

[2]) Siehe Puchta a. a. O.

schein, nicht im Mindesten mehr Risico und Kosten macht, als eine actio ad exhibendum, so ist es leicht genug erklärlich, dass zur letzteren so selten gegriffen wird.

Damit hängt eng zusammen, dass es einer Ausdehnung der actio ad exh. auf unbewegliche Sachen, wie sie von mehreren Schriftstellern[1]) angenommen oder wenigstens in Frage gestellt und in einem Erkenntniss des OAG. zu Cassel[2]) statuirt wird, keineswegs bedarf. Wird doch die Ocularinspection nicht nur als selbständiges, direct auf das Beweisthema gehendes Beweismittel zugelassen, sondern auch wo es nur darauf ankommt, den eigentlichen Gegenstand des Streites genau auszumitteln oder diejenigen Puncte näher zu bestimmen, über welche eine Differenz obwaltet[3]). Unsere Processpraxis geht in dieser Beziehung weit über dasjenige hinaus, was etwa durch analoge Anwendung der actio ad exh. zu erreichen wäre[4]).

Endlich tritt auch unsere actio selbst in ihren Functionen ad separandum und ad eligendum, bezüglich welcher man doch ein ungeschmälertes Fortbestehn am Ersten erwarten könnte, h. z. T. wesentlich zurück. Was die erste Anwendung anlangt, so wird bei uns das Trennungsverlangen mit der Eigenthumsklage cumulirt, und das hat dann die natür-

---

[1]) Windscheid, Pand. §. 474 N. 5. Arndts, Pand. §. 346 Anm. 2 a. E.

[2]) Seuffert, Arch. Bd. 6. Nr. 48. Im Falle dieser Entscheidung kann auch schon aus dem Grunde von einer actio ad exh. keine Rede sein, weil Kläger irgend ein Recht am Grundstück, ja nicht einmal einen Anspruch auf dasselbe behauptet. Das was Kläger verlangt, ist gerichtlicher Augenschein Behufs Taxation der von ihm geforderten Entschädigung.

[3]) Erk. des OAG. zu Lübeck bei Seuffert, Arch. Bd. 7 Nr. 130.

[4]) Vgl. z. B. auch Erk. des OAG. zu Jena bei Seuffert, Arch. Bd. 12 Nr. 213. Auch in denjenigen Fällen aus der Praxis, welche die Commission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechts bewogen haben, eine Exhibitionspflicht bezüglich unbeweglicher Sachen zu statuiren (Protocolle der Comm. CCLIII. Sitzg. S. 3700), würde Anstellung der confessoria mit sofortigem Antrage auf Augenscheinnahme genügt haben.

liche durch unsere Auffassung der processleitenden Befugniss des Richters nahegelegte Folge, dass die einzelnen Phasen des röm. Verfahrens,

a) summatim cognoscere,
b) Separation,
c) Vindication mit vollständiger Erörterung der Eigenthums- und überhaupt Rechtsfrage,

zusammenfliessen in die Untersuchung, ob Kläger berechtigt ist Separation und Restitution zu fordern, welche dann eventuell zum Urtheil auf Separation und Restitution führt. Es geht somit gewissermaassen das Exhibitorium im Petitorium ganz zweckmässiger Weise auf. Nach classischem Processe war ein derartiges Zusammenfliessen der in beiden Formeln verkörperten Klagansprüche selbstverständlich ganz unmöglich.

Die actio ad exh. zur Ermöglichung einer Wahl, welche, wie seinerzeit nachgewiesen (§. 21), nur zusteht, falls durch Ausübung der Wahl dingliches Recht entsteht, demnach nur beim Legat mit Wahlrecht des Legatars unter gewissen Voraussetzungen — wird fast vollständig ersetzt durch die obligatorische actio ex testamento. Letztere setzt keinen andern Beweis voraus, als den des rechtsgültigen Vermächtnisses, und ohne diesen Beweis geht es auch beim summatim cognoscere der actio ad exh. keineswegs ab. Höchstens könnte im Falle Concurses des Erben die actio ad exh. der actio ex testamento vorzuziehn sein, falls nämlich unsere oben (§. 24 a. E.) ausgesprochene Ansicht Billigung verdient, dass die hinter der actio ad eligendum stehende uindicatio ein Separationsrecht begründet.

Ist somit das Zurücktreten unseres Rechtsmittels als Vorläufers, bezw. Begleiters einer Hauptklage[1]) wohl genügend erklärt, so wird nun auch, was die übrigen Functionen der

---

[1]) Glück, Comm. XI S. 211: „Man pflegt heut zu Tage die actio ad exhibendum, insofern sie blos auf Vorzeigung einer Sache geht, zugleich mit der Hauptklage, welcher dadurch der Weg gebahnt werden soll, in demselben Libell zu verbinden“.

actio anlangt, jene Erscheinung sich auf ihre Gründe zurückführen lassen.

§. 54.

Actio ad exh. mit Restitutionserfolg und als Entschädigungsklage.

Wo gar kein Streit um das Eigenthum einer Sache ist, wo ferner das Eigenthum nur vermöge auseinandergehender rechtlicher Auffassung streitig ist, wo endlich zwar auch thatsächliche, aber doch nur solche Eigenthumsvoraussetzungen bestritten sind, deren Aufklärung sich innerhalb der Grenzen des summatim cognoscere erwarten lässt — da erwies sich für's classische Recht unsere actio als ein Rechtsmittel, vermittelst dessen ein Eigenthümer in fremden Händen befindlicher Sachen die Herausgabe der letzteren in leichterer Weise erzwingt, als durch Anstellung der Eigenthumsklage. Die actio ad exh. erschien insofern in der Praxis der römischen Juristen als eine Concurrentin der vindicatio und drängte letztere zurück auf die Fälle intensiver bestrittenen Rechtes, in denen eine pronuntiatio vor Allem erst endgültige Klarheit über die Rechtsfrage schaffen musste.

Wie steht es nun in dieser Beziehung bei uns heut zu Tage? Bei nicht bestrittenem oder ganz unbestreitbarem Rechte wird wohl die Polizei helfen. Frivole Bestreitung, unredliche Verheimlichung, sinnlose Hartnäckigkeit wird ebenfalls unter Umständen auf polizeilichem Wege durch Hinweisung auf nachtheilige Folgen, Ermittelung auf kurzem Wege, und Vorhalt des Ermittelten zu brechen sein[1]). Um so mehr, als die Ausdehnung, in welcher unsere Strafgesetzgebungen die Delicte gegen die Sicherheit des Eigenthums statuiren, für Leute weiten Gewissens ziemlich bedrohlich ist.

Und wiche doch der durch Delict zum Besitz Gelangte oder durch unredliche Verheimlichung des Besitzes sich eines

---

[1]) So z. B. in dem Falle, welcher der „actio ad exhibendum in Form einer blossen Imploration" bei Schmidt, theor. pract. Comm. 5. Bd. S. 305 f., zu Grunde gelegt wird.

Delicts schuldig Machende nicht, so würde das Strafgericht seine Function verrichten und im Falle der Verurtheilung des Angeschuldigten die entwendete, unterschlagene u. s. w. Sache auf kurzem Wege in die Hände des Berechtigten zurückgelangen lassen, ohne dass es eines eigenen Civilprocesses bedürfte.

So macht bei uns Polizei und Strafgericht die actio ad exh. nicht nur da überflüssig, wo sie die römischen Juristen in Concurrenz mit Delictsklagen anempfehlen, sondern zuweilen auch in solchen Fällen, wo wir unser Rechtsmittel in den Quellen neben Contractsklagen angerathen, bezw. dieselben ersetzend finden. Dann nämlich, wenn die contractswidrige Verweigerung der Herausgabe einer Sache zugleich unter die Bestimmung des Strafgesetzes fällt.

Aber auch wo Polizei und Strafgericht versagen, wo es civilprocessualischer Nöthigung zur Herbeiführung der Herausgabe einer vorenthaltenen Sache bedarf, kann von einer actio ad exh. als siegreicher Concurrentin der dinglichen Klage auf Restitution h. z. T. nicht mehr die Rede sein. Es erklärt sich dies einfach genug aus dem Gegensatze unserer heutigen civilprocessualischen Grundsätze mit den dem römischen Verfahren zu Grunde liegenden Principien.

Warum genügte im classischen Processe der Druck der actio ad exh. so oft, Restitution herbeizuführen? Deshalb, weil durch die formlose, mündliche auf unmittelbarsten Einblick und freie moralische Ueberzeugung des iudex gerichtete Verhandlung des Exhibitionsprocesses, trotzdem die Verhandlung sich innerhalb der Grenzen des summatim cognoscere hielt, doch so viel Klarheit über das Rechtsverhältniss erwuchs, dass der Besitzer statt zu exhibiren und dann mit cautio iudicatum solui den Vindicationsprocess zu übernehmen, sich sofort zur Restitution entschloss, resp. zum tollere pati.

Das ist bei uns Alles ganz anders. Es nicht zum Process kommen zu lassen, dazu können, abgesehn von inneren Motiven, nur etwa die drohenden Processkosten bewegen.

Entschliesst sich der Besitzer einmal zu diesem Risico, so hat er nun nicht den mindesten Grund, dem Kläger die Durchführung seines Anspruchs irgend zu erleichtern. Im Gegentheil, je mehr geläugnet, der Rechtspunct durch verwickelte Deductionen selbst als verwickelt dargestellt wird, desto grösser wird die Aussicht, womöglich Compensation der Processkosten zu erzielen. Wird nun vollends das summatim cognoscere als ein blosser Wahrscheinlichkeitsbeweis, als Bescheinigung gefasst, so wäre es in der That reiner Edelmuth, wenn der Besitzer, der es einmal zum Process kommen liess, seinem Gegner nicht die Annehmlichkeiten der formalen Beweistheorie in vollem Umfange zu geniessen verstatten sollte.

Der Kläger, der auf solchen Edelmuth, überhaupt irgend auf Nachgiebigkeit nicht rechnen kann, würde somit, wenn er, statt gleich mit der dinglichen Klage, ad exh. klagt, einen Schlag in die Luft thun. Auf wirkliche Exhibition kommt es ihm gar nicht an; sie würde ihm nur unnütze Kosten machen. Jedenfalls wäre der Exhibitionsprocess reiner Zeitverlust. Und wo es wirklich sicher scheint, dass der Besitzer eigene Rechtsbehauptung gar nicht erhebt, dass er nur Legitimation als Eigenthümer von Seiten des Klägers verlangt, nur seinen Besitz läugnet oder nur das Betreten seines Grundstückes verwehrt oder auch etwa das Abholenlassen von Schadensersatzleistung abhängig macht — da kann Kläger jedenfalls getrost Klage auf Grund seines Eigenthums erheben, dieselbe als uindicatio bezeichnen [1]), ohne im Mindesten ein Mehr von Beweislast oder überhaupt Processschwierigkeiten sich zuzuziehn. Was Beklagter nicht bestreitet, bezw. als eigenes Recht behauptet, das bleibt auch so ausser Streitverhandlung [2]).

---

1) Ganz grundlos ist die Behauptung Mancher, z. B. Koch's a. a. O. §. 226 a. E. (siehe auch Protocolle der Seite 263 Anm. 4 genannten Commission S. 3706), dass nur bei Bestreitung des Eigenthumsrechts durch den Besitzer Vindication begründet sei.

2) Deshalb wird man auch behaupten dürfen, dass von der Anführung speciellen Erwerbsgrundes solchenfalls abgesehn werden darf. Sintenis II §. 127 Anm. 14.

Dass übrigens auf eine solche Vindication diejenigen Regeln über Schadensersatz, Caution u. s. w., welche für die actio ad exh. auf tollere pati bestehn, anzuwenden sind, ist selbstverständlich; sie würden ja im classischen Process ganz gleicherweise auch zur Anwendung kommen, wenn statt mit actio ad exh. mit formula petitoria Restitution d. h. tollere pati erzwungen würde.

Kurz gesagt, während die Praxis des classischen Processes zur Erzwingung der Restitution beweglicher Sachen zwei scharf individualisirte Klagen aufstellt, einerseits die uindicatio mit vollem Eigenthumsbeweis und pronuntiatio über das klägerische Eigenthumsrecht, andererseits die actio ad exh. mit summatim cognoscere, zu keiner pronuntiatio führend und nur mittelbar (vermöge des drohenden hoffnungslosen, mit cautio iud. solui verbundenen Vindicationsprocesses) zur Restitution drängend, keine res iudicata über das Eigenthumsrecht involvirend — so ist h. z. T. bei uns wegen Wegfalls der mündlichen[1]), lediglich auf moralische Ueberzeugung des Richters gerichteten Verhandlungsart, wie auch der cautio iudicatum solui, der Boden für das zweite Rechtsmittel geschwunden, und wo Restitution auf Grund dinglichen Rechts erzwungen werden soll, geschieht es jetzt durch die dingliche Klage selbst mit mehr oder minder Aussicht auf Widerstand von Seiten des Beklagten.

Dass man auch noch h. z. T. auf Vorweisung klagen kann, in der Hoffnung Restitution zu erwirken, dass man fernerhin Exhibitions- und Restitutionsverlangen cumuliren kann, ist zweifellos Allein ebenso gewiss ist, dass solche Operationen jedes practischen Werthes entbehren würden[2]).

[1]) Auch die Oeffentlichkeit der Verhandlung wird den Druck zur freiwilligen Restitution verstärkt haben können.

[2]) Auch actio ad exh. nennen kann man die Eigenthumsklage bei nicht vorhandenem Eigenthumsstreite. So insonderheit, wo es sich um tollere pati handelt, z. B. Erk. des OAG. zu Cassel 1853 bei Seuffert Arch. VIII Nr. 49. Baron, Jahrbb. für Dogmatik VII S. 99. Auch von einer actio ad exh. auf Restitution widerrechtlich angeeigneter Sachen ist die Rede in einem Erk. des OAG. zu Wolfenbüttel, Seuffert

Wie sehr die Function der classischen actio ad exh. als Concurrentin der Vindication unserer heutigen Praxis fremd ist, geht daraus hervor, dass zu dem Dienste, auf kurzem Wege eine vorenthaltene Sache dem Berechtigten zurückzuverschaffen, ganz andere Klagen in ziemlich gewaltsamer Weise herbeigezogen werden. In Fällen, bei denen die römischen Juristen sicher auf actio ad exh. verwiesen haben würden, soll jetzt das Universalmittel der Spolienklage helfen [1]). Ebenso nimmt man in Fällen gleicher Art auch wohl Zuflucht zu einer condictio possessionis [2]).

§. 55.

Exhibitionspflicht und Editionspflicht.

Je mehr in Bezug auf andere Sachen die actio ad exh. in der heutigen Rechtsübung zurückgetreten ist, desto häufiger werden die Sätze des Exhibitionsrechts herbeigezogen für Doctrin und Praxis der Urkundenedition.

Es ist nicht Gegenstand unserer Untersuchung, nachzuweisen, auf Grund welcher wirklichen bezw. vermeintlichen Verkehrsbedürfnisse, im Anschlusse ferner an welche wirklichen bezw. vermeintlichen gesetzlichen Anhaltspuncte sich

---

XXIII. Nr. 86. Actio ad exh. bezüglich Wildergutes, Schütze Jahrb. des gem. deutsch. Rs. VI S. 11 ff. Auf Einfangenlassen von Bienenschwärmen Seuff. VIII Nr. 49. Die Dresdener Commission hat sich über die actio ad exh. mit „endlichem Zwecke" in allerlei Scrupeln befunden, Protocolle S. 3705 f.

[1]) Seuffert, Arch. XXIII Nr. 137, in welchem Falle die ganze Sachlage klar ist bis auf den Punct, ob die vorenthaltene Sache von der Klägerin herrührt. Ferner XII Nr. 34.

[2]) Seuffert XIX Nr. 152, welcher Fall unter dem Gesichtspuncte der röm. actio ad exh. sich weit leichter erledigt, als unter demjenigen der cond. possessionis. Ebenso der Fall Nr. 153. Auch dem Bedürfnisse, die Nichtigkeit von Veräusserungsgeschäften richterlich anerkannt zu sehn, um ein Rückforderungsrecht darauf zu bauen (siehe Seuffert zu Bd. VI Nr. 320 seines Archivs) wäre, soweit es sich um bewegliche Sachen handelt, durch die actio ad exh. der Pandectenjuristen bestens abzuhelfen. Sie wäre deswegen ganz an ihrer Stelle, weil sich diesfalls Alles um die Nichtigkeit des Veräusserungsgeschäftes dreht (siehe oben §. 16 Nr. 1).

jene Praxis und Doctrin gebildet hat; ebensowenig auch zu bestimmen, bis zu welchen Grenzen die statuirte Editionspflicht hinausgetrieben worden ist. Vielmehr handelt es sich hier nur darum, festzustellen, inwieweit man sich für das gelehrte bezw. geübte Editionsrecht mit Grund berufen kann auf das Recht der römischen actio ad exh. — Auch kommen selbstverständlich hierbei lediglich die materiell-rechtlichen Gesichtspuncte in Betracht, so dass diejenige Editionspflicht, welche sich lediglich auf ein processualisches Verhältniss gründet, ganz ausser Spiel bleibt.

Kein Wunder zunächst, dass Diejenigen, welche Quittungen, Briefe, Urkunden, die Jemand zu seinem ausschliesslichen Gebrauche angefertigt u. s. w., lediglich ihres Inhalts wegen als Gegenstand eines Editionsanspruchs behandeln wollen [1], sich in Verlegenheit befinden wegen gesetzlicher Begründung dieser Ansicht. Bekanntlich hat man sich einerseits geworfen auf den Begriff „gemeinschaftliche Urkunden", indem im Anschluss an einige Quellenstellen, welche von documenta communia reden, darunter im Miteigenthum stehende Urkunden verstehend, eine Verflüchtigung des Begriffs „gemeinsam" bis ins Nebelhafte, Bodenlose hinein versucht worden ist [2]. Als anerkennenswerth erscheint an diesem Bemühen wohl nur die Erkenntniss oder das Gefühl, dass die statuirte Editionspflicht zu ihrer Begründung und Begrenzung allerdings derartiger Speculationen bedarf, auf wirkliches römisches Recht nicht gegründet werden kann.

Gerade umgekehrt streben nach Begründung durch das corpus iuris Diejenigen, welche die ausgedehnte Editionspflicht der gemeinrechtlichen Doctrin unter Verwerfung oder wenigstens Anzweifelung des Begriffs „gemeinschaftliche Urkunden" stützen wollen auf die Theorie der actio ad exh. — So sehr uns bei diesem Bestreben die Negative berechtigt

---

[1] Siehe z. B. Seuffert Archiv IIII Nr. 169, XIII Nr. 291, XVII Nr. 169. 171.

[2] Vgl. hierüber die gesunden Bemerkungen von Martin, über die Gründe der Verpflichtung zur Ed. von Urk. §. 9.

zu sein scheint, so sicher kann von dem durch unsere Erörterung der Exhibitionslehre gewonnenen Standpuncte aus behauptet werden, dass sich durch Aussprüche der Quellen eine Editionspflicht des h. z. T. vielerseits beliebten Umfangs nicht begründen lässt.

Denn erstens giebt es keine actio ad exh. ohne ein gegen den Urkundenbesitzer zustehendes iudicium directum d. h. ohne Anspruch auf Restitution bezw. Einräumung des Mitbesitzes oder Mitgebrauches an der Urkunde selbst. Ein blosses Interesse in dem Sinne, dass man die Urkunde für irgend einen Process, wenn auch noch so dringend, nöthig hat oder noch so gut brauchen kann, berechtigt keineswegs zu unserer actio. Ebensowenig kann der Umstand allein, dass etwas meine Rechtsverhältnisse Betreffendes in der Urkunde vorkommt, mir einen Exhibitionsanspruch verleihen[1]).

Zweitens giebt es keine actio ad exh. ohne in rem actio auf Restitution u. s. w. der Urkunde[2]). Ist der Anspruch auf Ausantwortung der Urkunde obligatorischer Natur, so geht auf Vorweisung nur die obligatorische Klage selbst, nicht aber actio ad exh. Es wäre auch falsch, wenn man sagen wollte: darauf, ob Exhibition mit actio ad exh. oder mit actio mandati u. s. w. zu erzwingen sei, komme gar Nichts an, ein Exhibitionsanspruch existire doch in beiden Fällen ganz gleicher Weise. Denn einmal findet das summatim cognoscere unseres Rechtsmittels keine Stelle bei andern Klagen auf Vorweisung[3]). Ferner beziehn sich aber auch die Bestimmungen über den Ort und die sonstigen Modalitäten der Exhibition, wie sie im tit. ad exh. enthalten sind, eben nur auf das Gebiet der actio ad exh., während bei sonstigem Anspruche auf Urkundenvorweisung lediglich der Inhalt des speciellen obligatorischen Verhältnisses wie über das ob so auch über das wie der zu erzwingenden Leistung entscheiden muss. So gelten z. B. über Exhibition von cautiones here-

[1]) Siehe über alles dieses oben §. 19. 26.

[2]) S. oben §. 29. 30.

[3]) Ueber den inneren Grund siehe oben §. 27 S. 183 f.

ditariae, welche durch actio fam. hercisc. erzwungen wird, Regeln[1]), welche eben nur für das betreffende obligatorische Verhältniss zwischen Miterben Sinn und Geltung haben. Ebenso wird, was ein Verkäufer dem Käufer hinsichtlich der auf die verkaufte Sache bezüglichen Urkunden zu gewähren hat, gestellt auf: hoc enim contractui bonae fidei consonat[2]), natürlich mit Bezug auf den betreffenden speciellen Contract. Ob, wo, wie oft, auf wessen Kosten mein Mandatar oder socius mir gewisse Urkunden vorzuweisen hat, das richtet sich doch nach ganz andern Gesichtspuncten, als nach den stereotypen Sätzen der actio ad exh. Letztere, überhaupt die ganze Theorie des tit. ad exh. haben nur Sinn und Anwendung für das specifische exhibere der actio ad exh. Für ihr Gebiet bedurfte es einer Theorie des exhibere ebensogut, wie des restituere bei den in rem actiones, während was ein Mandatar vorzuweisen hat, ebensowohl aus der Mandatslehre zu entscheiden ist, als was er zu restituiren oder sonst zu gewähren hat.

Kann somit, abgesehn von speciellen obligatorischen Beziehungen, Exhibition einer Urkunde nur auf Grund zustehender in rem actio, also eines dinglichen oder erbrechtlichen Anspruchs verlangt werden, so giebt es nun allerdings einen Anhaltspunct, von welchem aus sich h. z. T. das Gebiet der Exhibitionspflicht nicht unbedeutend erweitern lässt, ohne die Principien der Lehre preis zu geben. Schon früher[3]) ist bemerkt worden, dass die Bestimmung der l. 3 §. 14 ad exh. h. z. T. als überflüssig erscheint dem zur Geltung gelangten Satze gegenüber, nach welchem der Schreiber Eigenthümer der geschriebenen Urkunde wird. Eben dieser Satz ermöglicht es, an Urkunden ein dingliches Recht anzuerkennen, wo diese Annahme nach römischen Recht nicht statthaft

---

[1]) l. 5 fam. hercisc. cf. c. 7 de edendo. Es braucht kaum bemerkt zu werden, dass ein Miteigenthümer bezw. Miterbe auch actio ad exh. anstellen kann, nämlich unter denselben Verhältnissen, unter denen er sein Recht mit uindicatio bezw. hered. petitio durchzusetzen in der Lage wäre.

[2]) l. 48 de act. empt. cf. l. 52 eod.

[3]) §. 26 S. 131.

wäre. Da nämlich für den Erwerb von Urkunden durch Errichtung derselben die Grundsätze des Erwerbs durch Stellvertreter ebensogut Anwendung finden, als für andere Erwerbsarten, so wird über Eigenthum bezw. Miteigenthum an Urkunden in erster Linie der Wille des Errichters entscheiden. Jede Urkunde trägt von ihrer Errichtung her gewissermaassen eine Widmung zu Eigenthum an sich, sei es für den[1]) oder die[2]) Errichter allein, sei es für eine oder mehrere andere Personen[3]), sei es endlich für den Errichter und Andere gemeinsam[4]). Dieser maassgebende Wille des Urkundenverfassers kann entweder ausdrücklich, etwa auch in der Urkunde selbst, durch gemeinsame Unterschrift erklärt sein, oder aus den Umständen der Errichtung, aus dem Zwecke derselben hervorgehn und ist, wie jede andere Thatsache, Gegenstand processualischen Beweises. Keineswegs gewährt aber der Inhalt der Urkunde an sich in dieser Beziehung das entscheidende Moment.

---

[1]) Auf irriger Auffassung von l. 3 §. 14 ad exh. und c. 4. 6 eod. beruht ein Urtheil bei Seuffert Arch. XVII Nr. 171, nach welchem auch eine Urkunde, die Jemand zu seinem ausschliesslichen Gebrauch angefertigt, edirt werden muss. Richtige Entscheidung bei Seuffert XVII Nr. 297 (Manualacten des Klägers). Eine ähnliche Auffassung wie die unsrige scheint zu Grunde zu liegen der Bestimmung des §. 1567 des Sächs. BGB.

[2]) So z. B. Kauf-, Pacht- u. s. w. Contracte, welche von beiden Theilen unterzeichnet werden, ohne dass es unseres Erachtens einen Unterschied machen kann, ob die Ausfertigung in Einem oder mehreren Exemplaren erfolgt.

[3]) Von diesem Gesichtspuncte aus richtig die Entscheidung Seuffert XVI Nr. 157, dass der Entwurf zu einem Vertrage, den *A* und *B* gemacht, durch *X* eine *A* und *B* gemeinschaftliche Urkunde ist. — Briefe, wie auch Schuldscheine, Quittungen, brauchen, abgesehn von speciellen obligatorischen Beziehungen, nicht edirt zu werden, da sie in das ausschliessliche Eigenthum des Adressaten bezw. dessen, dem sie ausgestellt sind, gelangen, wenn auch nicht schon durch die Errichtung, so doch durch Einhändigung. Anders etwa bei Briefen, welche die Errichtung eines Contracts zu ersetzen bestimmt sind, indem diesfalls der Gesichtspunct Anm. 2 zur Geltung gelangt.

[4]) So sind z. B. Gerichtsacten für das Gericht selbst, wie auch für die betheiligten Parteien bestimmt.

Ohne der Meinung zu sein, dass durch Zugrundelegung des angegebenen Gesichtspunctes die practischen Schwierigkeiten dieser Lehre als gelöst erschienen, müssen wir doch behaupten, dass derselbe den einzigen Weg bietet, die Lehre von der Verpflichtung zur Urkundenedition auf den Boden der actio ad exh. zu gründen.

Eine ganz andere Frage, welche nicht in den Kreis unserer Aufgabe, die Darstellung der Exhibitionslehre, fällt, ist diejenige: ob der römisch-rechtliche Standpunct, nach welchem ein Anspruch auf Vorweisung von Urkunden immer entweder einen speciellen obligatorischen Anspruch oder eine zur actio ad exh. berechtigende in rem actio voraussetzt, den Anforderungen unseres heutigen Urkundenwesens genügt.

Uns will es, beiläufig bemerkt, scheinen, als wenn die einfachen und klaren Sätze des classischen Rechts auch noch h. z. T. das Richtige träfen. Jedenfalls braucht, wer, wie Martin[1]) u. A., den Standpunct des Oesterreichischen und Französischen Rechts, welcher eben im Wesentlichen der des römischen Rechts ist, für berechtigt und zuträglich hält, sich nach den Resultaten unserer Untersuchung nicht durch die actio ad exh. abhalten zu lassen, jenen Standpunct auch für das gemeine Recht als den gesetzlichen zu betrachten. Es müsste denn darzuthun sein, dass sich, etwa veranlasst durch irrige Auffassung der betreffenden Quellenstellen und getragen durch das Verkehrsbedürfniss, eine weitergehende Editionspflicht gewohnheitsrechtlich ausgebildet habe. Daran wird indessen, wer die Zersplitterung der früheren und heutigen Rechtssprechung auf diesem Gebiete kennt, vorerst zu zweifeln sehr berechtigt sein. Ausser Ansatz blieb bei allem diesem die, ähnlich wie die Exhibitionspflicht der römischen Argentarier, auf ganz speciellen Gesichtspuncten beruhende handelsrechtliche Verpflichtung zur Edition der Handelsbücher.

---

[1]) §. 26 u. a. a. O.

§. 56.

De lege ferenda.

Wenn schliesslich die Frage erhoben wird, ob und in welcher Gestalt die Exhibitionspflicht in einer Codification des heutigen Civilrechts berechtigten Anspruch auf Anerkennung hat, so sind zur Beantwortung dieser Frage in allen wesentlichen Puncten bereits durch unsere bisherigen Erörterungen genügende Anhaltspuncte gegeben.

1) Zunächst würde eine Uebergehung des Rechtsinstituts sich keinesfalls rechtfertigen lassen. Der Grund, aus welchem z. B. die Verfasser des Oesterreichischen a. b. GB. eine Exhibitionspflicht nicht statuiren wollten — nämlich aus Rücksicht auf processualische Gleichstellung der Parteien — ist schon von Unger[1]) mit Leichtigkeit widerlegt worden. Man wird, fügen wir hinzu, im Gegentheil mit Fug sagen können, dass die Exhibitionspflicht gerade dem Streben nach processualischer Gleichstellung der Parteien ihre Entstehung verdankt. Dem Vindicanten wird von der Beweispflicht seines Rechtes einerseits, des Besitzes des Beklagten andrerseits nicht das Mindeste abgenommen; dem Besitzer wird durch Statuirung der Exhibitionspflicht nur die Möglichkeit genommen, dem Kläger seinen Beweis unausführbar zu machen, einen Beweis, der noch dazu durch das Resultat des summatim cognoscere bis zu einem gewissen Grade schon geliefert ist. Recht lebendig tritt die aequitas der Exhibitionspflicht hervor bei der Vindication von entlaufenen oder entfremdeten Sclaven. Wäre es „processualische Gleichstellung", wenn der Besitzer dem verfolgenden Herrn den Zutritt zu dem Gesuchten verweigern, ihm das Erkennen, Ausfragen unmöglich machen dürfte? Wir finden die processualische Gleichstellung vielmehr darin, dass, insoweit es sich um Gewinnung von Erkenntniss handelt, welche nur oder am Besten unmittelbar durch Besichtigung u. s. w. der streitigen Sache zu gewinnen

[1]) Entwurf eines bürg. GBs. f. d. Königreich Sachsen, 1853. S. 199. Beistimmend Bühler S. 52 f.

ist, die letztere gewissermaassen neutralisirt, beiden Theilen gleich zugänglich gemacht wird. Dass unter Umständen Vorweisung einer Sache für einen über dieselbe zu führenden Process nothwendig und nützlich sein kann, ist oben[1]) nachgewiesen und wird durch die Praxis anerkannt.

Auch in der Function als Trennungsklage muss die actio ad exh. in denjenigen Gesetzgebungen Anerkennung finden, welche, wie das Oesterreichische, Preussische und wie nach richtiger Auffassung auch das Römische Recht, an einer zusammengesetzten Sache nur ein einziges, alle Theile erfassendes, das Eigenthum jedes Dritten ausschliessendes Eigenthumsrecht statuiren. Dass der Trennungsanspruch, wie oben[2]) angedeutet, processualisch zusammenfliessen kann mit dem Streite um das ehemalige, eben durch Trennung wiederherzustellende Eigenthum an der Theilsache, ändert Nichts an der Construction des materiell-rechtlichen Verhältnisses.

Endlich ist auch kein Grund dagegen vorhanden, Behufs Ausübung eines Wahlrechtes, falls durch dieselbe Eigenthumsrecht erwachsen wird, einen Anspruch auf Vorweisung nach den Grundsätzen der actio ad exh. zuzulassen[3]).

Hingegen hätte es h. z. T. unseres Erachtens keinen Sinn mehr, das Recht auf tollere pati als einen eigengearteten, von dem Eigenthumsanspruche verschiedenen Anspruch hinzustellen[4]).

2) Ueberflüssig, übrigens aber unschädlich, erschiene die Ausdehnung der Exhibitionspflicht auf unbewegliche Sachen[5]).

3) Festzuhalten ist daran:

a) dass es keinen Exhibitionsanspruch giebt ohne Anspruch auf Restitution der betreffenden Sache und zwar gegen denjenigen Besitzer selbst, von welchem Exhibition gefordert werden soll;

b) dass als Hauptanspruch, dessentwegen Exhibition gefordert wird, nur ein Anspruch aus dinglichem oder Erbrecht als geeignet erscheint.

---

[1]) S. 67 f. [2]) §. 53 g. E. [3]) Siehe oben §. 53 a. E. [4]) Siehe oben §. 54. [5]) Siehe oben §. 53.

Durch Aufgeben des Principes unter *a*) würde man, sich von dem geltenden gemeinen Rechte entfernend, vollständig ins Vage gerathen. Verkennen des Satzes unter *b*) würde ebenfalls eine in doppelter Beziehung nachtheilige Abweichung vom gemeinen Rechte enthalten. Einmal würde das summatim cognoscere auf ein Gebiet übertragen, auf welchem es, wie früher nachgewiesen, keinen Sinn hat [1]). Ferner gilt was im vorigen § in specieller Beziehung auf die Exhibition von Urkunden hervorzuheben gesucht wurde, auch für die Vorweisung anderer Sachen — dass nämlich, wo eine derartige Verpflichtung aus contractlichen oder Gemeinschaftsobligationen folgt, für sie, was Ort und sonstige Modalitäten betrifft, lediglich die individuelle Natur der betreffenden Obligation, keineswegs aber das abstracte Recht der actio ad exh. zu entscheiden hat. Es gehört in die Lehre vom Mandat, der Societät, Miethe u. s. w., unter welchen Umständen, wo, wie, auf wessen Kosten der Mandant u. s. w. vom Mandatar u. s. w. Vorweisung z. B. der anvertrauten Sache oder etwa der Vollmacht verlangen kann.

4) Der specielle Zweck des Exhibitionsverlangens, nämlich Constatirung der Identität, Gewinnung von Beweismaterial u. s. w., ist für die Begründung des Anspruchs ausserwesentlich. Des Nachweises, inwiefern dem Kläger die Vorweisung bezüglich des Hauptprocesses von Nothwendigkeit oder Nutzen sei, bedarf es von vorn herein zur Auswirkung des Spruchs auf Vorweisung bezw. der Naturalexecution keineswegs. Es stützt sich die Verpflichtung zur Exhibition lediglich auf die zukünftige Verpflichtung zur Restitution [2]). Kläger kann durch die Exhibition eben erst erfahren wollen,

---

[1]) Siehe oben S. 138 ff.

[2]) Für irrig müssen wir daher den „anerkannten Grundsatz" halten (Seuffert XXII Nr. 148), dass die actio ad exh. als vorbereitende Klage nur dann zulässig sei, wenn ohne vorgängige Einsicht von einer Sache oder einer Urkunde die Anstellung einer Hauptklage entweder gar nicht stattfinden könnte, oder deren Verfolgung doch nur mit grossen Schwierigkeiten verbunden wäre. Richtig dagegen XVIII Nr. 271.

ob die Besichtigung u. s. w. der Sache für den zukünftigen Process nothwendig oder nützlich ist. Vielleicht unterlässt er gerade in Folge der erhaltenen Gesichtspuncte die Anstellung des Hauptprocesses.

Kommt es freilich wegen vereitelter Naturalexhibition zum Geldanschlag, so gelangt der Vortheil, welchen die Vorweisung für den Kläger gebracht hätte, zur entscheidenden Bedeutung und wird Gegenstand der Beweisführung.

5) Für die Verpflichtung zur Vorweisung von Urkunden giebt es materiell-rechtlich keine eigenthümlichen von dem allgemeinen Exhibitionsrecht abweichenden Sätze. Mithin bedarf es auch gar keiner besonderen Erwähnung der Editionspflicht in der civilrechtlichen Codification.

Beilage.

L. 2 de iur. fisci.

Mehr als einmal wäre in vorliegender Untersuchung Gelegenheit gewesen, eine Stelle herbeizuziehn, welcher indessen am zweckmässigsten eine einheitliche kurze Betrachtung an dieser Stelle gewidmet wird.

L. 2 de iure fisci (Callistratus):

> §. 1. Diuus Hadrianus Flauio Arriano in haec uerba rescripsit: 'Quin ei, qui instrumenta ad causam fisci pertinentia, cum possit exhibere, non exhibet, nocere debeat, si uerum aliter non inuenitur, ea subtracta esse credantur, quae nocitura causae eius fuerint, dubitatum non est. sed nec alias dubitari oportet, quin non in aliam rem nocere debeant, quam in eam qua desiderata sunt.

Wie kommt, fragen wir zuerst, Hadriam dazu, zu erklären, dass einem Beklagten im Fiscalprocesse Vorenthaltung der bezeichneten instrumenta zum Nachtheile gereichen soll? Versteht es sich nicht ganz von selbst, dass contumacia gegenüber dem Exhibitionsbefehle zu den gesetzlichen Nachtheilen führt? Umsomehr, wenn man mit dem neuesten

Interpreten der Stelle[1]) annehmen wollte, dass sie auf das nach allgemeinen Grundsätzen Platz greifende iusiurandum in litem ginge.

Meines Erachtens erkennt das Rescript zunächst dem Fiscus gegenüber eine weit über das Maass der actio ad exh. gehende Exhibitionspflicht an. Man braucht nur zu denken an die letztwilligen Urkunden, deren Hervorziehung der Fiscus für seine Ansprüche auf Verlassenschaften bezw. Verlassenschaftstheile bedarf, und deren Vorweisung unter Umständen weder nach den Grundsätzen der actio ad exh. noch nach denen des interdictum de tab. exh. zu erlangen wäre; ferner an die chirographa, durch welche in fraudem legis Zuwendungen vermittelt zu werden pflegten[2]), an donationes und überhaupt alienationes in fraudem fisci[3]); endlich an rationes solcher Personen, mit denen der Fiscus in contractlichen Verhältnissen stand. — Alle solche instrumenta ad causam fisci pertinentia sind mit den genannten Rechtsmitteln nicht herauszubekommen; dass sie aber dem seine Ansprüche verfolgenden Fiscus zu exhibiren seien, das spricht unser Rescript aus und knüpft an grundlose Weigerung schweren Nachtheil. Es stellt somit eine über die sonstigen Grenzen hinausgehende, allgemeine Exhibitionspflicht zu Gunsten des Fiscus auf; das ist der Hauptinhalt des Rescripts. Die Rechtfertigung seiner weitgehenden Bestimmung mag der Kaiser darin gefunden haben, dass in der That Verfolgung der betreffenden fiscalischen Ansprüche ohne eine durchgreifende Exhibitionspflicht schwer denkbar und doch andrerseits durch das öffentliche Interesse als geboten erschien. Dass wir den Kern des Rescripts richtig erkennen[4]), geht auch hervor aus

---

[1]) Briegleb in der mehrmals citirten Abhandlung.

[2]) l. 3 § 3 de iur. fisci.

[3]) l. 45. pr. eod.

[4]) In diesem Sinne fasst den Inhalt des Rescripts auch Keller, Pand. §. 382, 2, α. Nicht darin statuirt unsere Stelle ein Ausnahmsrecht, dass dem Fiscus seine Gegner auch solche Urkunden vorweisen müssen, welche gegen sie selbst Beweis machen. Der „ziemlich alte Satz“, wonach der Beklagte regelmässig nicht verpflichtet

dem von Callistratus unmittelbar angereihten Rescripte der Diui Fratres:

> §. 2. Item diui fratres ad libellum Cornelii Rufi rescripserunt totiens edenda esse instrumenta, quotiens de iure capiendi uel de iure dominii uel de aliqua causa simili re nummaria quaeratur, non si de capitali causa agatur.

Um Anerkennung und Begrenzung der Editionspflicht in Fiscalprocessen handelt es sich; die Fratres haben nur den allgemeinen Satz des Hadrian durch Ausscheidung von Capitalprocessen etwas präcisirt.

Der Fiscus seinerseits gewährt in diesem Puncte Gegenseitigkeit, indem er unter gewissen Voraussetzungen und Cautelen auch den Einblick in seine acta gestattet[1]).

Nunmehr wird sich auch die Frage beantworten lassen, was unter dem 'nocere' des Hadrianischen Rescripts zu verstehen ist? Unseres Erachtens scheitert Brieglebs Auffassung, dass hier an das iusiurandum in litem, also an die nach allgemeinen Grundsätzen eintretende Consequenz der contumacia zu denken sei, an den Schlussworten Hadrians: „die Weigerung die instrumenta vorzuweisen, gereicht zum Nachtheil

war, dem Kläger die Urkunden, welche Letzterer zu seinem Beweise bedurfte, herauszugeben (Muther, Sequestration S. 174 f.) — existirt unseres Erachtens nicht, insofern in demselben eine Beschränkung der sonst begründeten Exhibitionspflicht liegen soll. L. 5 de tab. exh., auf welche M. sich ausserdem beruft, sagt nur, dass, wenn interd. und hered. petitio zugleich anhängig sind, ersteres iudicium bis nach Entscheidung des letzteren suspendirt werden soll — und zwar nicht, weil die tabulae zum Beweis in der hered. petitio benutzt werden sollen, sondern weil zwischen interd. und pet. das Verhältniss eines iudicium minus und maius besteht und durch ersteres dem zweiten nicht präjudicirt werden soll. Vgl. Bülow, Präjudicialeinreden S. 137 ff. und in der Hauptsache übereinstimmend schon Schmidt, Interd. S. 223. Am Wenigsten spricht für den angeblichen Satz c. 7 de test. Diese Stelle redet gar nicht von einem Exhibitionsanspruche im Sinne der actio ad exh., sondern spricht nur den Satz aus, dass Niemand von seinem Processgegner die Stellung von Zeugen für seinen Beweis verlangen könne. Ueber diese Bedeutung von exhibere siehe auch l. 11 de test. und überhaupt oben S. 51.

[1]) l. 45 §. 6 sqq. h. t.

nur bezüglich des Processes, für welchen Exhibition verlangt wird.“ — Was sollte das heissen, wenn an ein iusiurand. in litem zu denken wäre, an das eidlich festzustellende quanti ea res erit der actio ad exh.? Dieses quanti ea res bestimmt sich nach dem Inhalt des iudicium directum und nach dem Nutzen, welchen die Urkunde in irgend einer nachweisbaren Beziehung für den Kläger gehabt haben würde. Von einer 'causa qua desiderata sunt' d. h. einem bestimmten Processe, in welchem Beweis zu machen die Urkunden bestimmt sind, kann bei der actio ad exh. gar nicht die Rede sein, da dieselbe sich gründet auf ein durchzuführendes Recht am Instrument, aber nicht auf dessen Bedeutung für einen bestimmten Process.

Wir müssen vielmehr das 'nocere' dahin verstehn, dass die Verweigerung der Vorweisung des instrumentum bezüglich desjenigen Punctes, der durch dasselbe erwiesen werden soll, den Verweigernden sachfällig macht, ihm wie ein Geständniss bezüglich dieses Punctes angerechnet wird. Dann hat es sehr guten Sinn, hervorzuheben, dass sich das 'nocere' in dieser Bedeutung eben nur auf die specielle Angelegenheit erstreckt, zu deren Erörterung sich der Fiscus auf die Urkunde berufen hat. Briegleb giebt selbst zu, dass es gar nicht so bedenklich erscheint, gegen Jemanden, der nachweislich eine Urkunde in Händen hat und trotz richterlichen Auftrags vorzuweisen verweigert, den behaupteten Inhalt derselben gelten zu lassen. Nach unserer Auffassung der Stelle handelt es sich zudem eben nur um ein Ausnahmsgesetz zu Gunsten des Fiscus.

Um die Erträglichkeit des von Hadrian Verordneten zu erkennen, betrachten wir die Sachlage in l. 3 §. 3 de iur. fisci, Callistratus:

> Tacita autem fideicommissa frequenter sic deteguntur, si proferatur chirographum, quo se cauisset, cuius fides eligitur, quod ad eum ex bonis defuncti peruenerit, restituturum. Sed et ex aliis probationibus manifestissimis idem fit.

Um Jemandem, 'qui capere non potest' [1]), mit Umgehung des Gesetzes aus einem Nachlasse eine Zuwendung zu machen, ist eine Urkunde errichtet worden, durch welche sich eine Person, die mit Erfolg bedacht werden kann, verpflichtet, das ihr Zugewendete an den non capax herauszugeben. Der Fiscus, ad quem ex causa taciti fideicommissi bona pertinent [2]), erhält durch Delation oder sonstwie Kenntniss [3]) und verlangt zur Verfolgung Exhibition jenes chirographum. Trotzdem Beklagter dasselbe in Händen hat, verweigert er Vorweisung. Ist es nun, namentlich wenn man sich auf den Standpunct eines nach freiem Ermessen sprechenden Richters stellt, besonders zu verwundern, wenn aus der Vorenthaltung der Urkunde auf den fraudulosen Character des Geschäfts, über welches die Urkunde errichtet ist, geschlossen wird?

Mit unserer Auffassung der Rescripte gelangen wir auch zu der Erkenntniss, dass in ihnen nicht an eine eigene Klage gedacht ist, mit welcher der Fiscus Edition der für seine Ansprüche entscheidenden instrumenta erzwingen müsste, sondern dass vielmehr dem Gegner auf Antrag des Fiscalvertreters durch den Fiscalrichter Exhibition mittelst processualischer Verfügung auferlegt, und Ungehorsam in der vorgeschriebenen Weise angerechnet werden soll. Das scheint daraus, dass in den Schlussworten Hadrians von einer 'res qua (instrumenta) desiderata sunt' geredet wird, also von einem bestimmten Processe, zu dessen Verhandlung Edition gefordert wird, zur Genüge hervorzugehn und erklärt sich bestens aus dem inquisitorischen Character, den der Fiscalprocess, obwohl er sich in civilprocessualischen Formen bewegt, doch bekanntlich auch in mancher andern Beziehung annimmt.

---

1) pr. §. 2 ibid.
2) §. 4 ibid.
3) l. 1 pr. h. t.

